Ist nach dem gegenwärtig in Schlesien geltenden Rechte der Vormund berechtigt, aus dem Vermögen seines Mündels ein Familienfideikommiss zu errichten?

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristenfakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Fritz Guttmann,
Gerichtsreferendar.

Breslau 1910.
Buchdruckerei H. Fleischmann.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristenfakultät der Universität Rostock.

Referent: Professor Dr. **Lehmann**

Professor Dr. **Matthiass**, Dekan.

Meiner lieben Mutter

und dem

Andenken meines lieben Vaters.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551525_0034

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1 Einleitung: . . . . . 9—14
Feststellung der gegenwärtig in Schlesien geltenden Gesetze über Familienfideikommisse und Vormundschaft.

I. Abschnitt: Das Wesen der Vormundschaft 15—25
§ 2 Begriff . . . . . 15—16
§ 3 Beschränkungen . . . . . 16—19
§ 4 Vollmachterteilung . . . . . 19—20
§ 5 Vermögensverwaltung . . . . . 20—23
a) Anlegung des Vermögens . . . . . 20—21
b) Erhaltung und Nutzbarmachung . . . . . 21—23
§ 6 Verbot der Schenkungen . . . . . 23—24
§ 7 Herausgabe des Mündelvermögens . . . . . 24—25

II. Abschnitt. Die Errichtung eines Familienfideikommisses . . . . . 25—46
§ 8 Errichtung eines Fideikommisses, eine Willenserklärung 25—26
§ 9 Rechtliche Natur des Stiftungsgeschäftes . . . . . 26—32
a) Ein einseitiges Rechtsgeschäft oder ein Vertrag? . 26—29
b) Eine Verfügung . . . . . 29—32
§ 10 Erfordernisse des Stiftungsgeschäfts . . . . . 32—33
§ 11 Wirkungen der vollendeten Errichtung . . . . . 33—39
a) Veräusserungsverbot . . . . . 33—35
b) Ausschluss anderweitiger Dispositionen des Stifters . 35
c) Entstehung eines Sondervermögens . . . . . 35—38
d) Abhängigkeit des Fideikommissbesitzers von Anwartern und Organen des Familienfideikommisses . . . . . 38—39
§ 12 Die Anwartschaftsrechte als Familienrechte . . . . . 39—40
§ 13 Unmöglichkeit der Eingliederung der Familienfideikommissserrichtung ins Erbrecht 40 46

Seite

III. Abschnitt: Die einzelnen Beweisgründe für die Verneinung der gestellten Frage . . . . . 46—61
§ 14 Die Errichtung eines Familienfideikommisses ein höchstpersönliches Rechtsgeschäft . . . . . 46—48
§ 15 Die Errichtung eines Familienfideikommisses, ein Verwaltungsakt des Vormunds? . . . . . 48—50
§ 16 Erlass eines Veräusserungsverbots als Inhalt vormundschaftlicher Tätigkeit? 50
§ 17 Die Errichtung eines Familienfideikommisses vor allem eine Sorge für die Nachkommen . . . . . 50—51
§ 18 Unfreiheit des Mündels nach dem Fortfall der Vormundschaft . . . . . 51—52
§ 19 Das verschiedenartige juristische Ergebnis je nach dem Objekte des Fideikommissvermögens . . . . . 52—55
§ 20 Die Errichtung eines Familienfideikommisses, eine Schenkung . . . . . 55—58
§ 21 Herausgabe des Mündelvermögens und Gebundenheit des Fideikommissvermögens . . . . . 58—59
§ 22 Schlusswort: Zusammenstellung der in der Literatur geäusserten Ansichten . . . . . 60—61

Literatur-Verzeichnis.

Archiv für Rechtsfälle des Königlichen Obertribunals, Theodor Striethorst, Berlin-Guttentag.

Blume, von: Vormundschaftsrecht des BGB. Berlin 1904.

Böhm; Vormundschaftsrecht des BGB. Hannover 1899.

Brinz: Lehrbuch der Pandekten. Erlangen 1873.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. Tübingen 1905.

Dernburg: Allgemeine Lehren des bürgerlichen Rechts des Deutschen Reichs und Preussens. 1906.

Dernburg: Allgemeine Lehren und Sachenrecht. Halle 1894.

Dernburg: Vormundschaftsrecht der preussischen Monarchie nach der Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875. Berlin und Leipzig 1875.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Leipzig.

Förster-Eccius: Preussisches Privatrecht. Berlin 1897.

Fuchs: Familienrecht. 3. Abschnitt: Vormundschaftsrecht. München 1909.

Gierke: Deutsches Privatrecht. Leipzig 1905. Bd. II.

Hesse: Deutsches Vormundschaftsrecht. Berlin 1900.

Grotefond: Gesetze und Verordnungen. Düsseldorf 1884. I. u. II. Bd.

Koch: Das preussische Erbrecht. Berlin 1866.

Köhne und Feist: Nachlassbehandlung. Erbrecht, Familienrecht, Vormundschaftsrecht. Berlin 1902.

Lewis: Das Recht der Familienfideikommisse. Berlin 1868.

Motive: Bd. IV zum Entwurfe eines BGB für das Deutsche Reich. Berlin — Leipzig 1888.

Neubauer: Zusammenstellungen des in Deutschland geltenden Rechtes betr. Stammgüter, Familienfideikommisse, Familienstiftungen, bäuerliches Recht, Reallasten etc. Berlin 1879.

Philler: Vormundschaftsrecht des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1900.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Berlin
Bd. I 1903.
Bd. II 1907.
Bd. III 1906.
Bd. IV 1906.
Bd. V 1908.
Bd. VI 1905.

Ramdohr: Das Familienfideikommiss im Gebiete des preussischen Allgemeinen Landrechts. Berlin 1909.

Richter: Vormundschaftsrecht nach BGB. Leipzig 1897.

Schilgen: Deutsches Vormundschaftsrecht. Cöln 1899.

Schröder-Mugdan: Das deutsche Vormundschaftsrecht. Berlin 1900.

Schultetus: Handbuch des Vormundschaftsrechts. Berlin 1899.

Schultheiss: Der deutsche Vormundschaftsrichter. Berlin 1900.

Spahn: Verwandtschaft und Vormundschaft. Berlin 1901.

Staudinger: München 1908, 1909: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 3/4. Aufl.

Stobbe: Handbuch des deutschen Privatrechts. Berlin 1885.

Schultzenstein-Köhne: Deutsches Vormundschaftsrecht. Berlin 1901.

Vorläufiger Entwurf eines Gesetzes über Familienfideikommisse nebst Begründung.

Walter: Kann nach altländisch-preussischem Recht der Vormund eines Minderjährigen aus dessen Vermögen ein Familienfideikommiss errichten, und eventuell welche Formen sind zu beachten, um die Errichtung für den Minderjährigen verbindlich zu machen? Berlin 1875.

Zittelmann: Zum Grenzstreit zwischen Reichs- und Landesrecht. Bonn 1902.

§ 1.

Einleitung.

Feststellung der gegenwärtig in Schlesien geltenden Gesetze über Familienfideikommisse und Vormundschaft.

Das grosse Gesetzgebungswerk, das mit Anfang dieses Jahrhunderts in Kraft trat, will das Privatrecht in seiner Gesamtheit regeln, kann also auf diesem Gebiete als Kondifikation bezeichnet werden. Dabei nahm man ängstlich Bedacht, in diese Regelung nicht Gebiete einzuziehen, die zwar vorwiegend privatrechtlichen Charakters immerhin einige Berührungen mit dem öffentlichen Recht haben; auch schaltete man diejenigen Materien aus, die wegen ihres nur lokalen Ursprungs- und Geltungsgebietes erhebliche partikuläre Verschiedenheiten zeigten.

Beiden Gruppen gehört jedenfalls das Institut des Familienfideikommisses an. Auf diesem Standpunkte stehen auch die Kommissionsvorlagen von 1878 No. 3[1]) und 2 S. 17 u. 21 und der Artikel 35 des ersten Entwurfs zum BGB S. 157/58. Hierin wird die entscheidende Vorfrage, ob das Fideikomiss dem Privatrechte angehöre, bejaht, immerhin aber zugegeben, dass ein gewisser Zusammenhang mit dem öffentlichen Recht bestehe. Von einer einheitlichen Regelung des Familienfideikommisses wollte man aber in Rücksicht auf die Beziehung des Familienfideikommisses zu den inneren Verhältnissen und der besonderen Ge-

[1]) Zit. i. Entw. üb. Familienfideikommisse S. 11.

staltung sozialer, wirtschaftlicher und politischer Zustände absehen. Diese Auffassung ist auch schliesslich in Art. 59 EGBGB Gesetz geworden, der eben zugunsten der landesgesetzlichen Vorschriften über Familienfideikommisse — übrigens nur der deutschrechtlichen, vgl. Mot. d. BGB z. EG S. 158 — einen Vorbehalt macht, die landesgesetzlichen Bestimmungen also aufrecht erhält.

Danach käme das Allgemeine Landrecht in Betracht, wenn dieses nicht etwa gerade für die Provinz Schlesien in Bezug auf die Familienfideikommisse ausser Geltung gesetzt oder irgendwie modifiziert wäre. Dem ist aber nicht so.

Ein Ueberblick über die zur Anwendung gelangenden gesetzlichen Bestimmungen ergibt folgendes:

Der Art. 38 der sog. octroyierten Verfassungsurkunde vom 5. Dezember 1848 (G.S.S. 375) hatte die Stiftung von Familienfideikommissen untersagt und die Umwandlung bestehender Familienfideikommisse in freies Eigentum vorgeschrieben. Auch die rev. V. U. vom 31. Januar 1850 (G. S. S. 17) hatte diese Bestimmung in Art. 40 Satz 1 und 2 aufrecht erhalten, bis in Preussen das Gesetz vom 5. Juni 1852 (G.S. S. 319) den Art. 40 VU. wieder aufhob. Demgemäss kommen heute diejenigen Bestimmungen zur Anwendung, die vor 1848 Geltung hatten. In dieser Beziehung bestimmt das Gesetz über Familienfideikommisse u.s.w. im Herzogtum Schlesien und der Grafschaft Glatz vom 15 Februar 1840 (G.S. S. 20) in § 1: „Sämtliche in unserem Herzogtum Schlesien und in der Grafschaft Glatz bestehen den provinzialrechtlichen Bestimmungen über die Errichtung von Familienfideikommissen . . . . . namentlich die pragmatische Sanktion . . . . . und die Deklaration vom 25. II, 1697 und 22. August 1704 werden hierdurch ausser Kraft gesetzt.“ An deren Stelle lässt das Gesetz „die Vorschriften des ALR nebst den dieselben abändernden, ergänzenden und erläuternden Bestimmungen“ treten. Es gilt mithin von ALR II, 4 §§ 47—226 sowie diejenigen Gesetze, die für das gesamte Preussen erlassen

sind, insbesondere das Gesetz über Familienschlüsse vom 15. II. 1840 (G.S. S. 20) und das Gesetz die Kompetenz der Gerichtsbehörden betr. vom 5. III. 1855 (G.S. S. 175). Auch sind noch einige andere Bestimmungen in Kraft geblieben, die aber des Zusammenhanges mit der gestellten Frage entbehren.

Was das Vormundschaftsrecht anbetrifft, so ist dieses durch das BGB in materieller und das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit in formeller Beziehung umfassend geregelt. Dementsprechend ist auch durch AGBGB Art. 89 No. 30 die preussische Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 aufgehoben[1]).

Wenn sonach prinzipiell für das Vormundschaftsrecht das BGB, für das Fideikommissrecht das ALR die sedes materiae ist, so konnte doch das Inkrafttreten des BGB nicht ohne Einfluss auf das Fideikommissrecht bleiben.

Nach Art. 55 EGBGB treten nämlich die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze ausser Kraft, soweit nicht zugunsten einzelner Materien ein Vorbehalt getroffen ist. Ein solcher findet sich in Art. 59 EGBGB für „die" landesrechtlichen Vorschriften der Familienfideikomisse. Der zit. Titel des ALR über Familienfideikommmisse hat nun aber die Eigentümlichkeit, sich einiger Vorschriften des ALR zu bedienen, die nicht speziell dem Familienfideikommissrecht angehören und darum unter diesem Titel nicht aufgeführt werden. Diese Vorschriften lassen sich, was das Familienfideikommissrecht anlangt, in zwei Gruppen teilen[2]).

Die eine Gruppe enthält Bestimmungen, die nur für besondere Rechtsgebiete des ALR gelten. Sie bleiben verständlich, ohne dass sie begrifflich durch andere ergänzt zu werden brauchen. Hierher gehört insbesondere § 62, II, 4 ALR, nach dem die für die Errichtung und

[1]) Die aufrechterhaltene landesrechtl. Bestimmungen sind bei Köhne und Feist S. 533 ff. zusammengestellt.

[2]) Zwischen allgemeinen und besonderen Vorschriften unterscheidet auch Zitelmann, S. 27 ff.

Verlautbarung von Familienstiftungen geltenden Vorschriften der §§ 27—33, II, 4 ALR auch für die Errichtung und Verlautbarung der Familienfideikommisse Wirkung haben sollen. Diese Vorschriften über Familienstiftungen sind solche, die nur für ein Sondergebiet des ALR in Betracht kommen.

Die andere Gruppe enthält Bestimmungen, die für alle Teile des ALR in Anwendung zu bringen sind. Besonders zu erwähnen ist hier § 74 II,4 ALR: Die Vorschriften über nutzbares Eigentum sollen Anwendung finden. Diese sind nun zum Teil enthalten in dem dem Lehne gewidmeten 18. Titel des ersten Teiles, der aufrecht erhalten ist. Insofern sind sie nichts anderes als die Vorschriften der ersten Gruppe. Zum anderen Teile stehen sie aber in den §§ 16—20 I,8, der vom „Eigentum" handelt, sind also allgemeine Bestimmungen.

Dass die Vorschriften der ersten Gruppe aufrecht erhalten sind, ist unzweifelhaft. Sie sind Sonderbestimmungen eines einzelnen entweder beseitigten oder übernommenen Rechtsgebietes und gehören zu diesem ebenso wie diejenigen Bestimmungen, die selbst auf das andere Gebiet verweisen Auch das preussische Ausführungsgesetz hat die gedachten Paragraphen besonders als aufrecht erhaltene Ausnahmen hervorgehoben, indem es in § 89c Abs. 4 überhaupt zunächst alle Bestimmungen für Familienstiftungen beseitigt, dann aber durch den Vermerk „insoweit sie nicht für Familienfideikommisse gelten" eine Einschränkung macht. — Wie es dagegen mit den allgemeinen Vorschriften steht, auf die sich ein vorbehaltenes Gebiet bezieht, ist bestritten. Es ist fraglich, ob diese als nicht besonders aufrecht erhaltene wegen Art. 55 noch in Kraft sind, und dann hier Art. 4 EGBGB eingreift, nach dem die Vorschriften des BGB an die Stelle derjenigen treten, die nicht aufrecht erhalten sind. Es kommen hier insbesondere die Vorschriften des 8. Titels des ALR vom nutzbaren Eigentümer in Betracht, auf die § 74,II,4 Bezug nimmt. Die einen (Planck;

EGBGB S. 19) meinen, die zit. Bestimmungen müssen in Kraft bleiben, weil das BGB das Institut des Ober- und Untereigentums überhaupt nicht kennt; da also an die Stelle dieser Bestimmungen nichts treten könne, würde das aufrechterhaltene Gesetz unvollständig werden. Dagegen meint insbesondere Zitelmann (S. 36), ein allgemeiner Rechtssatz, der durch Art. 55 EGBGB beseitigt sei, könne nicht deshalb für eine Sondermaterie aufrecht erhalten werden, weil er für diese Sonderrechtssatz geworden sei. Er würde also zu dem Ergebnis gelangen, dass Ober- und Untereigentum auch für das Familienfideikommissrecht nicht aufrecht erhalten sind. Mit dem letzteren Ergebnis scheint mir das preussische AGBGB übereinzustimmen. Bei den vom Familienfideikommissrecht aus den Familienstiftungen übernommenen Stiftungen macht das AGBGB ausdrücklich den erwähnten Vorbehalt. Anders beim 8. Titel über das „Eigentum". Hier (Pr. AG. Art, 89,1b, 3. Abs.) werden alle Bestimmungen mit Ausnahme besonders aufgeführter Paragraphen aufgehoben; unter diesen aufgehobenen befinden sich auch die für das Familienfideikommissrecht wichtigen §§ 16—20. Eine Bestimmung, die ähnlich der in Art. 89, l. c. 4. Abs. wäre, findet sich nicht. Aus diesem Gegensatz scheint hervorzugehen, dass die allgemeinen Vorschriften des Allgemeinen Landrechts für das Fideikommisrecht nicht mehr gelten. An ihre Stelle ist das BGB getreten[1]). Somit scheint das pr. AGBGB das geteilte Eigentum für beseitigt zu halten. Insofern hat auch das BGB auf das Familienfideikommissrecht seine Wirkungen ausgeübt.

Schliesslich sei hier noch auf einen Punkt in dem 4. Tit. des ALR Teil 2 hingewiesen, der wohl auf einem redaktionellen Irrtum im Gesetz beruht. § 62, II,4 bestimmt, dass über Errichtung und Verlautbarung der Stiftungsurkunde für Familienfideikommisse dasselbe wie bei den Familienstiftungen gelten solle; dieser § 62, II,4

[1]) Im Resultat stimmt hiermit Ramdohr, S. 323 überein.

verweist aber nur auf §§ 29 ff., die nur von Verlautbarung sprechen, während die Errichtung schon in §§ 27, 28 behandelt ist. Die Bestimmung des § 62, II,4 bezüglich „Errichtung und Unverlautbarung“ wäre unverständlich, wollte man die §§ 27, 28 für die Familienfideikommisse nicht gelten lassen. Um überhaupt für die Errichtung Bestimmungen zu finden, muss man die zitierten Paragraphen hinzunehmen. (zustimmend Arch. f. Rechtsfälle Bd. 10 S. 51ff.).

Es mögen hier zunächst die Grundzüge der Vormundschaft erörtert werden, jedoch nicht erschöpfend, sondern nur insoweit, als sie mit den Erfordernissen und Wirkungen der Errichtung eines Familienfideikommisses in Verbindung stehen.

I. Abschnitt.

Das Wesen der Vormundschaft.

Das BGB kennt unter dem Titel Vormundschaft nicht nur diejenige über Minderjährige und Volljährige, sondern es reiht unter diesen Begriff auch die Pflegschaft ein. Ausführlich wird vom BGB jedoch nur die Vormundschaft über Minderjährige, als der bei weitem häufigste Fall, besprochen; ihre Vorschriften werden dann, soweit nicht Sonderbestimmungen eintreten, für die Vormundschaft über Volljährige und die Pflegschaft für anwendbar erklärt. Es wird daher im allgemeinen genügen, sich auf die Vorschriften für die Vormundschaft über Minderjährige zu beschränken, und die Sonderbestimmungen der beiden anderen Gruppen vormundschaftlicher Tätigkeit nur im einzelnen Falle heranzuziehen.

§ 2. Begriff.

In diesem Sinne ist der Vormund ein kraft richterlicher Anordnung zum Schutze, zur Erziehung und gesetzlichen Vertretung des Mündels in Rücksicht auf das Fehlen elterlicher Gewalt eingesetztes Organ[1]). Daraus erklärt sich seine Pflichtstellung; denn während die elterliche Gewalt dem Gewalthaber auch Rechte (insbesondere

---

[1]) Mit dieser Definition stimmt fast die ges. Speziallit. überein: Köhne u. Feist S. 544ff.; Schultetus S. 13; Schultheiss, S. 28ff. Schröder-Mugdan S. 5; Spahn, S. 139ff. Schultzenstein-Köhne S. 23.

Nutzniessung) gibt, hat der Vormund, da er wesentlich zum Schutze des Mündels bestellt ist, überwiegend Pflichten. Andererseits gleicht durch die gesetzliche Vertretungsbefugnis der Vormund dem Inhaber der elterlichen Gewalt in gewisser Beziehung. Dabei ist das BGB weit über das ALR hinausgegangen: heute ist in § 1793 grundsetzlich die Selbständigkeit des Vormunds festgestellt. „In persönlicher wie in vermögensrechtlicher Beziehung gebührt dem Vormunde die Initiative und die Ausführung“ [1]).

§ 3. Beschränkungen.

Wenn so aus dem Begriffe des gesetzlichen Vertreters prinzipiell die Unbeschränktheit vormundschaftlicher Tätigkeit folgt, so hat das Gesetz kraft positiver Bestimmung seine Machtvollkommenheit teils eingeengt, teils auch ganz ausgeschlossen. Wie überhaupt der wesentliche Grundgedanke der Vormundschaft die Sorge für das Wohl des Mündels ist, so sind auch diese Beschränkungen auf diesen Gesichtspunkt zurückzuführen. Man hielt eben den Vormund in Fällen besonderer Michtigkeit nicht für ausreichend, eine Entscheidung selbständig zu treffen, in anderen Fällen entzog man ihm teils wegen der schwerwiegenden Bedeutung der Handlungen, teils auch, weil persönliche Interessen des Vormundes mit denen des Mündels kollidieren, jegliche Möglichkeit zur Vornahme eines derartigen Aktes. Gänzlich ausgeschlossen von seiner Tätigkeit sind die höchstpersönlichen Angelegenheiten des Mündels, welche nur durch den Mündel selbst, sei es mit, sei es ohne Einwilligung, bezw. Genehmigung des Vormundes vorgenommen werden können. Das BGB enthält eine diesbezügliche, ausdrückliche Vorschrift nicht, während das sächsische Gesetzbuch § 1910 und das Weimarische Gesetz vom 27. März 1872 § 1 [2]) den Ausschluss der Vertretungsbefugnis des Vormunds in rein

[1]) Schultetus S. 49, Schilgen S. 39; v. Bluhme, S. 31,2.
[2]) zit. i. d. Mot. Bd. IV S. 1084.

persönlichen Angelegenheiten besonders feststellen. Die Motive Bd. IV S. 1084ff. berufen sich dabei „auf die grosse Schwierigkeit, eine kurze und zugleich wirklich praktisch brauchbare prinzipielle Gesetzesvorschrift zu finden“ und „ziehen es vor mit Rücksicht darauf, dass die Frage mit dem Wesen der besonderen Rechtsverhältnisse aufs engste zusammenhängt, bei den einzelnen in Betracht kommenden Rechtsverhältnissen durch besondere Bestimmungen zu entscheiden“. Wenn das Gesetz aus praktischen Rücksichten es für angemessener hält, in den einzelnen Fällen das Geschäft als höchstpersönlich zu erklären, so wird man doch die allgemeine Folgerung daraus ziehen können, dass bei allen höchstpersönlichen Geschäften eine Vertretung unzulässig ist. M. E. will das Gesetz auch nicht bloss diejenigen Fälle, in denen es höchstpersönliche Vornahme fordert, als höchstpersönliche Geschäfte mit der Wirkung bezeichnen, dass dort, wo eine diesbezügliche Bemerkung fehlt, Vertretung immer zulässig wäre. Jedenfalls gibt es Fälle höchstpersönlicher Natur, die vom BGB selbst als solche nicht gekennzeichnet, zweifellos aber solche sind. Es soll hier nur auf das Verlöbnis hingewiesen werden, bei dem m. E. Vertretung ausgeschlossen ist[1]).

In anderen Fällen ist der Vormund durch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes beschränkt, teils mit der Wirkung, das die gleichwohl vorgenommene Handlung giltig ist, z. B. §§ 1810, 1809 dann hat die Vorschrift nur die Bedeutung einer Sollvorschrift für den Vormund, teils dass die Genehmigung als notwendige, weitere Voraussetzung für den rechtsbeständigen Abschluss hinzutritt. Die einzelnen Fälle des Erfordernisses vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung bezw. Einwilligung zählt das BGB ausdrücklich auf, sodass man annehmen muss, dass bei der prinzipiellen Selbständigkeit des Vormundes er alle Rechtsgeschäfte mit Ausnahme der höchstpersön-

[1]) Ders. Ansicht Planck IV S. 9.

lichen und auch derjenigen, die von der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung [bez. der des Gegenvormunds] getroffen werden, rechtsgültig allein vornehmen kann. Die mitunter in solchen Fällen auftauchende Schwierigkeit erklärt sich wiederum aus dem Mangel einer prinzipiellen Vorschrift, den die Motive Bd. IV S. 1084 ff. folgendermassen zu entschuldigen versuchen: „Wenngleich die dem Vormund zustehende Sorge für das Vermögen des Mündels ihrem Zwecke nach nur auf Erhaltung des vorhandenen Vermögens und dessen wirtschaftliche Nutzung gerichtet ist, und der Vormund sich daher materiell nur auf die diesem Zwecke dienenden Geschäfte beschränken soll, so muss das Gesetz doch darauf verzichten, die ausserhalb der gewöhnlichen Verwaltung liegenden, über den Zweck der bezeichneten Sorge für das Vermögen des Mündels hinausgehenden Geschäfte durch eine prinzipielle Bestimmung zu treffen und dadurch die Vertretungsmacht des Vormundes beschränken und formell begrenzen zu zu wollen, da eine genügend bestimmte, praktisch brauchbare, allen Interessen gleichmässig Rechnung tragende allgemeine Vorschrift derart sich nicht geben lässt. Es bleibt daher nur übrig, auch auf dem Gebiete der Sorge für das Vermögen von der Unbeschränktheit der Vertretungsmacht auszugehen und die letztere durch Aufstellung einzelner bestimmter und greifbarer Kategorien zu beschränken, im übrigen aber mit der Verantwortlichkeit des Vormunds sich zu begnügen“ . . . . . Wenn sich das Gesetz auf diese Weise praktisch mit der Haftung des Vormunds hilft so ist es der materiellen Frage der genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäfte zum Teil aus dem Wege gegangen. Anerkannt wird jedenfalls von den Motiven Bd. IV S. 1136, dass die Fälle, wo die Vertretungsmacht des Vormundes eingeschränkt ist, „besonders wichtig sind und über die Grenzen einer gewöhnlichen Verwaltung hinausgehen.“ Gelungen ist es aber dem Gesetze nicht völlig, alle Geschäfte von dieser erhöhten Bedeutung und einschneidenden Wirkung in seine Kategorien

einzureihen; wollte man meinen, dass der Vormund dann allein handeln könnte, so würde das gegen den von Motiven ausgesprochenen Grundsatz verstossen. Andererseits bedarf der Vormund in diesen Fällen keiner Genehmigung. Wollte man schliessen, dass solche Handlungen, die in ihrem wirtschaftlichen Effekt für den Mündel so bedeutungsvoll wie die genehmigungsbedürftigen sind, unter die ausdrücklichen Bestimmungen aber nicht passen, vormundschaftlicher Tätigkeit fremd und ihr deshalb entzogen sind, so würde man gegen den Grundsatz prinzipieller Unbeschränktheit des Vormundes verstossen. Wollte man diese Handlungen im Wege der Analogie unter die genehmigungsbedürftigen einreihen, so würde man Vorschriften, die wegen der prinzipiellen Selbständigkeit des Vormundes eine Erweiterung nicht vertragen, ausdehnen. Beide Wege sind also nicht gangbar.

§ 4. Vollmachterteilung.

Aus der Führung der Vormundschaft und insbesondere der in § 1793 dem Vormund eingeräumten gesetzlichen Vertretungsbefugnis, folgt, dass der Vormund sich durch einen anderen vertreten lassen kann. Unmöglich erscheint es dagegen, dass er seine sämtlichen vormundschaftlichen Rechte einem Stellvertreter einräumt, so dass er „die vormundschaftliche Verwaltung als solche aus der Hand gibt“ [1]). Immerhin wird man ihm die Befugnis einräumen müssen, auch einen bestimmt umgrenzten Geschäfskreis durch eine geeignete Persönlichkeit verwalten zu lassen und dieser für die in den Rahmen dieser Tätigkeit gewöhnlich fallenden Verrichtungen sogar Vollmacht zu erteilen. „Dabei würde aber der Vormund seine Vertretungsbefugnis überschreiten, wenn er für den Mündel eine Vollmacht erteilte, die diesen über die Vormundschaft hinaus, auf unbestimmte Zeit in allen seinen Angelegenheiten binden würde, ohne dass die vor-

[1]) Schultetus S. 50,

mundschaftliche Verwaltung dies erforderlich machte“ [1]). Es tritt hier wieder der Grundsatz hervor, dass der Vormund nur für die Zeit der Schutzbedürftigkeit des Mündels sorgen, die vom Staate dem Mündel gewährte Fürsorge diesen aber nicht in seinen Entschliessungen und Wünschen auch noch nach der Zeit des Eintritts der Volljährigkeit hinderlich sein oder ihm gar die Möglichkeit eigener Disposition abschneiden soll. Wenn das Gesetz an die Vollendung des 21. Lebensjahres die Wirkungen der Volljährigkeit, d. h. eigener unumschränkt zulässiger Willensbestätigung knüpft, so kann es nicht Aufgabe des Vormunds sein, dem Mündel durch die getroffenen Massnahmen diese Möglichkeit zu entziehen. Diese Ueberlegung führt dann zu der Frage, wie die Verwaltungstätigkeit des Vormunds zu führen ist, insbesondere bezüglich des Vermögens, und wie die Verwendung der einzelnen Vermögensmassen zu erfolgen hat.

§ 5. Vermögensverwaltung.

Dabei ordnet das Gesetz die einzelnen möglichen Fälle an, und der Vormund darf von diesen Bestimmungen nur in besonderen Fällen und mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts abweichen. § 1811 BGB.

a) Anlegung des Vermögens.

So ist Geld anzulegen in Hypothekenforderungen, Grundschulden und Rentenschulden, Schuldverschreibungen des Deutschen Reiches oder eines Bundesstaates, Forderungen die in das Reichsschuldbuch oder in das Staatsschuldbuch eines Bundesstaates eingetragen sind, in gewissen Wertpapieren, auch bei gewissen öffentlichen Sparkassen u. s. w. Das gilt nicht nur für das bei Beginn der Vormundschaft vorhandene Geld, sondern auch für späteren Gelderwerb, der z. B. dem Mündel zugewandt wird, oder an Stelle eines Vermögensobjektes tritt. Besonders

[1]) RG Bd. 41 S. 262, zustimmend Schröder-Mugdan, S. 247.

häufig wird das bei der dem Vormund gestatteten Veräusserung beweglicher Sachen eintreten. „Verfügen“ kann er nur unter besonderen Kautelen und zwar nur über bestimmte Gegenstände, nämlich über Forderungen oder andere Rechte, kraft deren der Mündel eine Leistung verlangen kann (§ 1812 BGB), über Wertpapiere, Grundstücke und Rechte an Grundstücken (die in § 1821 bezeichneten Fälle).

Daraus ist genügend erkennbar, dass der Vormund auf die einzelnen Anlegungsmöglichkeiten des Vermögens beschränkt ist; andererseits haben auch alle diese Bestimmungen das eine gemeinsam, dass sie dem Mündel bei seiner Volljährigkeit ohne Umständlichkeit die Möglichkeit anderer Verwendung geben, geschweige denn, dass er eine Veräusserung nicht vornehmen dürfte und in diesem Falle sogar schadenersatzpflichtig würde. Sollte man in dieser Beziehung einwenden, dass auch durch einen Grundstückskauf durch Anlegung in langfristigen Hypothekenforderungen, Grundschulden und Rentenschulden dem Mündel die Gebrauchnahme von Kapital erschwert bezw. mindestens zeitweise entzogen wird, so sind eben diese Anlegungsarten wenn auch vielleicht in praxi häufig, doch nicht als die gewöhnlichen Verwaltungshandlungen des Vormundes zu bezeichnen. Diesen Standpunkt vertreten auch die Motive Bd. IV, S. 104, wenn sie hervorheben: „Nach den Grundsätzen des römischen Rechts waren verfügbare Gelder in erster Linie zum Ankauf fruchttragender Grundstücke zu verwenden, ... den modernen Verkehrsanschauungen entspricht es aber, die Kapitalien zunächst in anderer Weise nutzbar zu machen.“

b) Erhaltung und Nutzbarmachung des Vermögens.

Nicht nur aus den einzelnen Arten, in denen die Kapitalsanlagen geschehen sollen, ergibt sich, dass der Mündel nach Eintritt der Volljährigkeit möglichst wenig durch die vorherige Tätigkeit des Vormunds beschränkt sein soll. Es sei hier nur auf den § 1822,5 BGB ver-

wiesen. Wenn hier die Genehmigung zu einem Miet- oder Pachtvertrage, der länger als ein Jahr über die Vollendung des 21. Lebensjahres fortdauern soll, gefordert wird, so ist es klar, dass dem Mündel nach Eintritt der Volljährigkeit das Selbstbestimmungsrecht nicht entzogen werden soll. Auch die Motive Bd. IV, S. 1141,6 stimmen diesem Schlusse zu: „Für den Mündel ist es gefährlich, dem Vormund die Macht einzuräumen, den ersteren durch derartige Verträge unbeschränkt auch über das Volljährigkeitsalter hinaus binden und dadurch die Freiheit der Bewegung des volljährig gewordenen Mündels beeinträchtigen zu können . . . .". Es zeigt sich hierbei, dass der Vormund vor allem Verwalter ist. „Seine Verwaltungsbefugnisse stehen denen des Eigentümers nicht gleich. Die vormundschaftliche Verwaltung ist ein Ausfluss der Schutzbedürftigkeit des Mündels . . . ." [1]. Wenn sich so ergibt, dass der Vormund in mancher Beziehung durchaus nicht die Betugnisse des Vermögenseigentümers, wenn dieser unbeschränkt geschäftsfähig wäre, hat, so ist das nur eine Folgerung, die mit den allgemeinen Grundsätzen vormundschaftlicher Vermögensverwaltung in vollem Einklang steht. In seltener Uebereinstimmung äussert sich die Literatur: „Der Inhalt der Sorge für das Vermögen des Kindes ist Erhaltung, Verwertung und Vermehrung des Vermögens, innerhalb der durch das Gesetz gezogenen Grenzen" [2]). Dabei ist klar, dass das Interesse des Mündels immer das ausschlaggebende Moment für die Dispositionen des Vormundes sein muss. Hat ihm doch der Staat seine ziemlich umfassende Stellung nicht gegeben, damit überhaupt bloss jemand da sei, der über das Vermögen herrschen könne, sondern das Gesetz hat den Vormund mit soviel Macht ausgestattet, damit er nicht nur anstelle, sondern vor allem „für" den Eigen-

[1]) Entsch. d. RG Bd. 41 S. 262.

[2]) Staudinger, Bd. 4 S. 1186; v. Blume, S. 33 zu § 1793 Fuchs, S. 93, Philler, S. 48.

tümer wirke, auf dessen Vorhandensein Bedacht genommen werden muss; des Mündels Wille ist auch vorhanden, er kann nicht gänzlich durch den des Vormunds ersetzt gedacht werden. Aber gerade weil der Mündel einen rechtlich wirksamen Willen nicht äussern kann, ist auf ihn, soweit er nicht unverständig ist, Rücksicht zu nehmen. Daher muss sich der Vormund stets das Interesse des Mündels gegenwärtig halten, und eine Pflichtverletzung liegt nicht erst dann vor, wenn ihn Rücksichten auf Dritte in seinen Entschliessungen leiten, sondern schon, wenn er seinen Willen den vernünftigen Interessen des Mündels gegenüber durchdrückt.

§ 6. Verbot der Schenkungen.

Von diesem Standpunkte der alleinigen Interessenvertretung des Mündels sind dem Vormunde Schenkungen aus dem Mündelvermögen mit geringen Ausnahmen gänzlich untersagt. Allerdings fallen im Gegensatz zum gemeinen Recht[1]) nur die rein juristischen Schenkungen des § 516 BGB (Mot. Bd. IV S. 1106), nicht aber Liberalitäten darunter. Und doch hält das BGB es nicht für angemessen, solche Freigebigkeiten, auch wenn eine gesetzliche Pflicht zu ihrer Erfüllung besteht, in das Ermessen des Vormunds zu stellen[2]). Denn wenn nach § 1902 Abs. 1 BGB der Vormund nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes eine Ausstattung geben, bezw. versprechen darf, während die Eltern nach § 1620 ff einer Tochter bei ihrer Verheiratung eine Ausstattung gewähren müssen, so erkennt man doch daraus, dass Handlungen, die auch nur den Charakter unentgeltlicher Zuwendung tragen — nach § 1624 BGB soll die einem Kinde bei seiner Verheiratung oder Errichtung eines eigenen Hausstandes von Vater oder Mutter gewährte Ausstattung nicht als Schenkung gelten — nicht selbständig vom Vormund

[1]) Dernburg, Vormundschaftsrecht, S. 269 zu § 67.
[2]) Richter, S. 442, 443.

eben in Rücksicht auf die leicht mögliche Gefährdung der Mündelinteressen vorgenommen werden dürfen.

§ 7. Herausgabe des Mündelvermögens.

Schliesslich sei hier noch kurz auf die mit der Beendigung der Vormundschaft entstehenden Wirkungen verwiesen, von denen besonders die Pflicht des Vormunds zur Herausgabe des Mündelvermögens interessiert. Aus dem Recht und der Pflicht des Vormunds zur Vermögensverwaltung folgt, dass der Vermögenszustand hinsichtlich Anlegungs- und Verwendungsart zur Zeit der Bestellung des Vormunds nicht derselbe zu sein braucht, ja meist aus naheliegenden Gründen auch nicht derselbe sein wird. Man wird mit Crome und Staudinger[1]) vielmehr den Zustand, wie er einer ordnungmässigen, fortdauernden Verwaltung für schutzbedürftige Personen entspricht, fordern müssen[2]). Zu dieser ordnungsmässigen Verwaltung gehört jedenfalls nicht, dass der Vormund am ganzen Mündelvermögen oder an einem Teile desselben Rechte Dritter bestelle, ohne dass hierzu eine besondere Notwendigkeit bezw. Pflicht besteht. Ob diese Rechte wegen ihrer Unübertragbarkeit schon zur Zeit ihrer Bestellung oder erst mit dem Tode des Mündels einen Vermögenswert repräsentieren, macht keinen Unterschied. Den Mündel engen sie ein, sie machen ihn von dem durch den Rechtserwerb Begünstigten abhängig und zwar derartig, dass er nicht einmal über das Vermögen, an dem die Rechte bestellt sind, testieren kann. Gerade die Befugnis letztwillig zu verfügen, schützt das Gesetz ausserordentlich stark, indem es einen Vertrag für nichtig erklärt, durch den der Erblasser nicht zu testieren verpflichtet wird (BGB § 2302). Sollte dann eine Verfügung durch die dem Mündel unmittelbar diese Befugnis entzogen wird, zur Verwaltungs-

[1]) Crome, System des bürgerl. R. Bd 4 S. 514, Bd. 2 S 616 No. 27. Staudinger 4,2 S. 960.

[2]) Crome Bd. 4 S. 593.

tätigkeit des Vormundes gehören? Es folgt, dass der Vormund in diesem Falle das Mündelvermögen nicht ordnungsgemäss herausgeben könnte.

Was aber den Umfang des übernommenen und herauszugebenden Vermögens betrifft, so muss dieser, falls nicht ganz besondere, hier ausser Betracht bleibende Ereignisse sich abgespielt haben, in den meisten Fällen mindestens der gleiche geblieben, oft wird eine Vermehrung eingetreten sein. Soll aber der Umfang des übernommenen und des herauszugebenden Vermögens derselbe bleiben, so muss immer an die Stelle der begründeten Pflicht ein korrespondierendes Recht treten, ebenso wie an die Stelle pes veräusserten Gegenstandes dessen Surrogat tritt.

II. Abschnitt.

Die Errichtung eines Familienfideikommisses.

Nach Allgemeinem Landrecht § 23 und § 47, II, 4 hat man unter der Errichtung eines Familienfideikommisses diejenige Anordnung einer Person zu verstehen, kraft deren ein gewisses Grundstück oder Kapital bis zum Aussterben der Familie oder doch mehrere Geschlechter hindurch bei derselben Familie nach einer gewissen Successionsordnung bleiben solle, sodass dem jedesmaligen Fideikommissbesitzer das Untereigentum, der ganzen Familie das Obereigentum zusteht (§§ 72, 73 II,4).

§ 8. Errichtung eines Familienfideikommisses, eine Willenserklärung.

Aus dieser Begriffsbestimmung ergibt sich, dass der Wille des Stifters die erste Voraussetzung einer Familienfideikommisserrichtung ist. Aber wie der unausgesprochene Wille rechtliche Wirksamkeit zu erzeugen, nicht geeignet ist, so wird man auch hier eine Willensäusserung, eine Willenserklärung zu fordern haben; an diese knüpfen sich kraft Gesetzes rechtliche Folgen. Dadurch sind alle Er-

fordernisse eines Rechtsgeschäftes gegeben, und man wird auf das Stiftungsgeschäft auch die allgemeinen Vorschriften des BGB über Rechtsgeschäfte zur Anwendung zu bringen haben[1]). So wird man analog dem § 27, II, 4 ALR vor allem die Geschäftsfähigkeit und Verfügungsfähigkeit des Stifters fordern müssen. Was die verschiedenen Möglichkeiten betrifft, in denen eine derartige Willenserklärung abgegeben werden kann, so sind vom ALR § 28 II,4 einseitige Verfügungen unter Lebenden, Verträge und letztwillige Verfügungen zugelassen.

Schon hier ergibt sich, dass von der Darstellung die Errichtung in einer letztwilligen Verfügung auszuschliessen ist. Das BGB fordert sowohl bei Testament als bei Erbvertrag stets persönliche Vornahme. Infolgedessen ist auch gesetzliche Stellvertretung ausgeschlossen.

Für den vorliegenden Fall bleiben daher nur die Möglichkeiten einer einseitigen Verfügung und eines Vertrages. Es sind auch hierbei noch diejenigen Fälle auszuschalten, in denen die Fideikommisserrichtung erst nach dem Tode des Stifters wirksam werden soll. Auch diese Fälle enthalten weiter nichts als letztwillige Verfügungen. So kann es sich hier nur um diejenigen einseitigen Verfügungen und Verträge handeln, die schon zu Lebzeiten des Mündels ihre rechtlichen Wirkungen äussern.

§ 9. Die rechtliche Natur des Stiftungsgeschäftes.

Ueber die rechtliche Natur dieser einseitigen Verfügungen und Verträge, d. h. also des Stiftungsgeschäftes, herrscht in der Literatur Streit.

a) Das Stiftungsgeschäft ein einseitiges Rechtsgeschäft oder ein Vertrag?

Während die Mehrzahl (Ramdohr, S. 278, Walter, S. 24), auch wenn die Stiftungsurkunde in Gestalt eines

[1]) So auch **Ramdohr S. 273.**

Vertrages abgefasst ist, doch in der Erklärung des Stifters ein einseitiges Rechtsgeschäft erblicken, nimmt Koch[1]) auch in der einseitig errichteten Urkunde Vertragsnatur an.

Wenn das Allgemeine Landrecht vorschreibt, auch durch Verträge könne ein Familienfideikommiss errichtet werden, so ist dieser Ausdruck nicht zutreffend. Man kann hierbei zunächst an obligatorische Verträge denken. Dann verpflichtet sich der eine Teil dem anderen gegenüber, ein Familienfideikommiss zu errichten; die Errichtung als solche ist damit aber noch nicht perfekt. Der Vertrag enthält nur die causa für diese. Koch bemerkt ganz richtig: „Durch die blosse Zustimmung und Zuziehung derjenigen Personen, welche mit ihrem Nachkommen zum Familienfideikommiss berufen werden, wird weder eine Wechselseitigkeit des Vertrages bewirkt, noch ist der Konsens oder richtiger eine Acceptation dieser Personen zur Gründung des Fideikommisses erforderlich". (a. a. O.). Auch ein dinglicher Vertrag ist abzuweisen. Denn die aus der Fideikommisserrichtung Berechtigten erwerben ihre Rechte „kraft Gesetzes ohne ihr sonstiges Zutun" (Ramdohr, S. 278), insbesondere bedarf es zur Errichtung keiner Erwerbshandlung von Seiten der Fideikommissinteressenten. Auch Crome[2]) bemerkt: „Der Vertrag müsste, um eine generelle Bindung des Stifters herbeizuführen, mit allen Familienmitgliedern abgeschlossen werden. Dann läge aber in Wahrheit Gründung durch Familienschluss vor, die nicht verlangt wird vom Gesetz."

Wenn man sich also unter dem Vertrage nichts weiter als die obligatorische Verpflichtung zur Errichtung des Fideikommisses vorstellen kann, so muss die Errichtung als solche stets einseitig sein. Dem aber stimmt Koch nicht[3]) zu. Er meint, „dass bei der einseitigen Verfügung die von der einen Seite gegebene Zusicherung einer Fidei-

---

[1]) Erbrecht, S. 1074.
[2]) S. 589 Bd. III.
[3]) Koch's Erbrecht S. 1074 ff.

kommisserrichtung von einem andern Teil acceptiert werde, — und die Einseitigkeit nur darin läge, dass dem anderen Teil keine Gegenleistung obliegt". Damit scheint Koch auf die sogen. lukrativen Verträge anspielen zu wollen, nimmt also in der Errichtung wieder einen Vertrag an, wogegen die oben geäusserten Bedenken sprechen; aber damit hat er m. E. Recht, wenn er auch auf die Annahme Gewicht legt. Nur darf man diese nicht vor oder gleichzeitig in die Errichtungshandlung verlegen, vielmehr muss man sie ihr nachfolgen lassen. Dass die Einigung der Aufgabe der Rechte des Stifters nachfolgt, ist nichts aussergewöhnliches. Auch die Auflassung kann der Einigung vorangehen; kommt diese dann nicht zustande, so bleibt jene unwirksam [1]).

Richtig ist es, festzuhalten, dass die Errichtung stets einseitig ist, die Frage bleibt aber dann, ob damit auch die Fideikommissinteressenten ihre Rechte schon erworben haben. Man denke an den Fall, dass der zuerst eingesetzte Fideikommissbesitzer, wie überhaupt sämtliche Anwarter nicht annehmen wollen. Was wird dann aus dem Fideikommissvermögen? Durch den Errichtungsakt hat, wie später zu erörtern ist, der Stifter über sein Vermögen verfügt, sein Eigentum aufgegeben. Soll nun dieses Vermögen in dem oben gedachten Fall für immer ohne Subjekt bleiben? Die gedachte Verfügung kann eben nur besonders geartet sein. Der Stifter hat nur dann sein Eigentum aufgegeben, wenn überhaupt jemand da ist, der Fideikommissbesitzer sein will. Also jede Fideikommisserrichtung enthält eine Verfügung, aber eine bedingte. Ob diese ausdrücklich in der Stiftungsurkunde erklärt ist oder nur stillschweigend zu denken ist, bleibt unerheblich. Sie muss aber erfüllt werden, wenn der als erster Fideikommissbesitzer Eingesetzte Fideikommissbesitzer werden soll. Die Erfüllung kann aber in nichts anderem als der, wenn auch stillschweigenden, durch keinerlei besondere

[1]) Planck III, S. 84.

in die Wahrnehmung tretende Handlung geschehen. Daraus folgt: die Errichtung als solche ist stets einseitig. Der Rechtserwerb für die Fideikommissinteressenten vollzieht sich aber erst mit der Annahme eines Fideikommissbesitzers; wie die Annahme dieses Angebotes zu denken ist, und ob durch sie ein Vertrag zustande kommt, wird sich aus dem folgenden ergeben.

b) Verfügung.

Es wurde schon kurz angedeutet, dass der einseitige Errichtungsakt eine „Verfügung" im technischen Sinne des BGB enthält [1]). Man versteht darunter eine den Gegenstand unmittelbar ergreifende Rechtsänderung, während das die Verpflichtung zu einer Verfügung begründende Rechtsgeschäft diesen Zweck nur mittelbar herbeiführt, weil es nicht den Gegenstand selbst ergreift, sondern nur den Schuldner verpflichtet, das die gewollte Aenderung herbeiführende Rechtsgeschäft vorzunehmen [2]). In welchen Teilakt des ganzen Errichtungsgeschäftes diese Verfügung zu legen ist (Verlautbarung, Bestätigung, evtl. königl. Genehmigung) ist bestritten, hier aber unerheblich. Jedenfalls steht von einem gewissen Zeitpunkte ab dem Stifter nicht mehr Dispositionsfähigkeit über die gewidmeten Gegenstände zu, und zwar, hat sich diese Veränderung ohne ein sonst wahrnehmbares Geschäft vollzogen. Er ist nicht mehr Eigentümer, seine dinglichen Rechte sind untergegangen. Gerade hierdurch unterscheidet sich das Stiftungsgeschäft des Familienfideikommisses von dem Stiftungsgeschäft der Stiftungen des BGB. In letzterem Falle wird nur eine obligatorische Wirkung erzielt: „Der Stifter ist verpflichtet, das in dem Stiftungsgeschäft zugewendete Vermögen zu übertragen". (§ 82 BGB). Anders beim Familienfideikomiss. Als Beweis für die unmittelbare Wirkung mag die von Amtswegen zu bewirkende Eintragung der Fideikommisseigenschaft der Grundstücke

[1]) Ramdohr, S. 294 ff.
[2]) Staudinger, S. 337 Bd I. Crome, S. 326.

in das Grundbuch angeführt werden. Wäre der Erfolg des Errichtungsaktes nicht ein unmittelbarer, so müsste der Stifter selbst vor dem Grundbuchamt noch seine Rechte löschen lassen. Diese Verfügung enthält aber nicht bloss einen Rechtsverlust für den Stifter, sondern gleichzeitig einen Rechtserwerb für gewisse andere Personen. In dieser Beziehung ist es allerdings richtig, dass wir es hier mit einer rechtsgeschäftlichen Verfügung über dingliche Rechte besonderer Art zu tun haben. Während das Gesetz heute gewöhnlich Einigung und Uebergabe zum Rechtserwerb verlangt, fallen hier diese Erfordernisse fort. Aber das BGB kennt innerhalb der von ihm selbst geregelten Materien Fälle dieser Art. Man denke an den Uebergang des Vermögens einer juristischen Person auf den Fiskus (§§ 45,88 BGB), Erwerb eines Pfandrechts bezw. einer Sicherungshypothek im Falle des § 1287 BGB, an den Uebergang von Rechten auf den Erben des Berechtigten (§ 1922 BGB) u. s. w. Ueberall findet hier der Rechtserwerb ohne „Einigung und Uebergabe" statt, und was die Hauptsache ist, zur Zeit. wo der Berechtigte erwirbt, braucht dieser gar keinen auf den Rechtserwerb gerichteten Willen zu haben. Ja er erwirbt vielleicht auch gegen seinen Willen. So wird ihm eine Rechtsposition aufgezwungen. Man würde sich mit diesem Resultat abfinden können, wenn nur Rechte erworben werden; wo aber gleichzeitig mit dem Rechtserwerb Pflichten entstehen, muss die Möglichkeit gegeben sein, sich von dieser Rechtslage zu befreien; insbesondere muss dem ersten Fideikommissbesitzer schon mit Rücksicht auf die Fideikommissschulden das Recht der Ausschlagung gegeben sein [1]). Daher wird man sagen können, um Fideikommissbesitzer, um Anwarter zu werden, bedarf es keines Willens. Um diese Stellung aber wieder zu beseitigen, genügt der nach dem Rechtserwerb geäusserte Wille des Berechtigten. Es wird ganz praktisch sein, auch hier von Anfall und An-

[1]) Entwurf eines Gesetzes üb. FFdk. S. 70.

nahme im Sinne des BGB wie im Erbrecht zu sprechen. Beim Familienfideikomiss haben wir etwas ähnliches wie im Erbrecht. Der Erbe wird ohne sein Zutun Forderungsberechtigter, Eigentümer, aber auch Verpflichteter. Die Erbschaft fällt ihm an. Aber er kann sie ausschlagen. „Somit ist der Wille des Berufenen indirekt von erheblicher Bedeutung“ [1]), und es liegt in der nicht erfolgten Ausschlagung gleichzeitig der Annahmewille. So kommt man zu der „Unterscheidung eines einstweiligen und eines endgültigen Erbschaftserwerbs“ [2]). So auch bei der Fideikommisserrichtung. Der Stifter bewirkt durch seine Erklärung, dass einer Fideikommissbesitzer werde. Damit hat dieser unmittelbar, ohne sein sonstiges Zutun, seine Rechte erworben, diese sind im „angefallen,“ aber es ist doch die Möglichkeit einer Ausschlagung gegeben. Erfolgt diese nicht, so ist sein Wille vorhanden, Fideikommissbesitzer zu werden, es liegt „Annahme“ vor, er hat endgültig erworben [3]). Diese Annahme bildet dann die notwendige Ergänzung zu dem in der Verfügung liegenden Antrage, und insofern kommt der Vertrag zustande. Diese Aehnlichkeit mit dem Erbschaftserwerb bezieht sich aber

---

[1]) Planck V. S. 40.

[2]) Planck V. S. 40.

[3]) In ähnlicher Weise fordert das RG Bd. V S. 141 ff. bei dem Stiftungsgeschäft für Familienstiftungen die Annahme: „. . . . Durch einen einseitigen Akt einer Privatperson und ohne (ausdrückliche oder stillschweigende) Annahme ist die Errichtung einer Stiftung im engeren Sinne . . ., ohne dass man zu künstlichen Fiktionen griffe, überhaupt nicht denkbar. Die einseitige Ausscheidung des zu dem gedachten Zwecke bestimmten Vermögens muss trotz der etwa ausgesprochenen Verpflichtung des Stifters, sich einer anderweitigen Verwendung über dieses Vermögen zu enthalten, doch notwendig solange wirkungslos, und der Zweck der Stiftung muss solange in Frage gestellt sein, bis . . . . . der gewollte Zweck eine Vertretung gefunden hat . . . . . Die Uebernahme der Vertretung . . . . . involviert aber notwendig auch die Annahme der beabsichtigten Vermögenszuwendung . . . . . Der Vorgang besteht also in einem zweiseitigen Rechtsgeschäft . . . . . “.

nur auf den vorläufigen und endgültigen Erbschaftserwerb, und es mag hierbei erwähnt werden, dass nicht etwa letztwillige Verfügung und Nichtausschlagung auch als Vertragsantrag und Annahme aufgefasst werden. Dies geht schon aus der Widerruflichkeit des Testaments hervor, während der Antragsteller regelmässig an sein Angebot gebunden ist. Auch brauchen wir in diesem Falle eine solche Konstruktion gar nicht. Denn während in dem vorerwähnten Beispiel bei Nichtannahme des ersten Fideikommissbesitzers, sowie der übrigen Anwarter ohne die gedachte Bedingung der Stifter keine Möglichkeit zur Wiedererlangung seines Vermögens hätte, dieses also subjektlos bliebe, muss der Fiskus im äussersten Falle Erbe werden, ein berechtigtes Subjekt ist also stets gegeben.

§ 10. Die Erfordernisse des Stiftungsgeschäftes.

Die Stiftungsurkunde ist noch nicht geeignet, die Fideikommisseigenschaft zu erzeugen. Vielmehr werden vom Gesetze sowohl wegen der weittragenden politischen Bedeutung, als auch wegen der einschneidenden Wirkungen in das Vermögen des Stifters besondere Formvorschriften für den Abschluss einer Stiftungsurkunde erfordert. Diese muss vor der Fideikommissbehörde (OLG) verlautbart, d. h. erklärt und von dieser bestätigt werden. In vielen Fällen bedarf es noch der königlichen Genehmigung. Diese Vorschriften sind keineswegs dispositiver Natur, vielmehr tritt erst nach diesen Vorgängen das Familienfideikommiss in die Erscheinung, und wenn § 32, II, 4 ALR bestimmt: „Solange die Stiftungsurkunde nicht gerichtlich verlautbart worden, soll keine Klage daraus angenommen werden", so ist diese Fassung des Gesetzes ungenau. Bei der zwingenden Natur der Vorschriften über Bestätigung und Genehmigung ist der Errichtungsakt erst vollendet, nachdem auch diese Erfordernisse erfüllt sind. [1]) So hat

[1]) Ramdohr, S. 305/306.

die zit. Vorschrift wohl nur für die Widerruflichkeit Bedeutung [1]).

Sobald aber diese Voraussetzungen erfüllt sind, tritt zu gleicher Zeit ein Komplex von Rechtswirkungen ein, die fast alle Teile des Privatrechts berühren. Gerade diese Vielgestaltigkeit der Erscheinungen gibt dem Institut seine Eigenartigkeit.

§ 11. Wirkungen der vollendeten Errichtung.

a) Veräusserungsverbot.

Die vornehmlich auffallende Folge der Errichtung eines Familienfideikommisses ist das Veräusserungsverbot, sodass Koch [2]) behauptet, dass „die heutigen Familienfideikommisse ursprünglich nichts anderes als Verbote der Veräusserungen von Liegenschaften waren".

Diese Eigenschaft ist dem Fideikommiss sogar so wesentlich, dass der Stifter einerseits in der Stiftungsurkunde das Veräusserungsverbot gar nicht zu erwähnen braucht, es vielmehr kraft Gesetzes mit der rechtswirksamen Errichtung eintritt. Andererseits kann auch der Stifter kraft ausdrücklicher Bestimmung das Verbot nicht gänzlich aufheben. Wenn ihm auch freisteht, einzelne Stücke oder Sachgattungen des Familienfideikommisses der Disposition des jeweiligen Fideikommissbesitzers zu überlassen, so ist sein Wille, ein „beständiges" Familienfideikommiss zu gründen, zugleich auch der Wille des Veräusserungsverbots, ohne das der Zweck des Familienfideikommisses: „Sicherstellung der Familie" gar nicht erreichbar wäre (so auch RG Bd. 18 S. 207, Bd. 39 S. 176 und 182).

Das Veräusserungsverbot tritt kraft Gesetzes ein, wie sich aus ALR § 78 II,4 ergibt. Hier wird zu einer Substanzveränderung ein Familienschluss gefordert. Noch schärfer sagt das ALR in § 127 II,4: Der Fideikommiss-

[1]) Ramdohr, S. 278.
[2]) Preuss. Erbrecht S. 1079.

besitzer „ist nicht berechtigt, das Kapital eigenmächtig einzuziehen, an andere abzutreten, zu verpfänden oder sonst zu belasten". Aber auch die neuere Gesetzgebung steht auf diesem Standpunkte: So betont Art. 61 EGBGB, dass zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, soweit nach Art. 59 Veräusserung oder Belastung unzulässig oder nur beschränkt zulässig ist, die Vorschriften über den guten Glauben Anwendung finden. Auch das AGGBO Art. 15 schreibt vor, dass die Fideikommisseigenschaft als Verfügungsbeschränkung ins Grundbuch einzutragen ist. Keineswegs ist aber anzunehmen, dass diese Beschränkung sich nur auf Grundstücke beziehen soll, und es herrscht wenigstens in der Literatur Einstimmigkeit darüber, dass von dem Verbot das gesamte Fideikommissvermögen ergriffen wird [1]). (So auch Staudinger Bd. VI S. 185 zu Art. 61, ähnlich Staudinger Bd. I S. 441).

Selbstverständlich ist, dass die Fideikommissgegenstände durch dieses Verbot nicht res extra commercium werden. Es liegt, wie Raape [2]) betont, „nicht Veräusserlichkeit im Sinne einer objektiven Eigenschaft der Sache vor", sodass die Folge einer gleichwohl getroffenen Veräusserung gemäss § 134 BGB stets Nichtigkeit wäre. Vielmehr haben wir es nur mit einem sogen. relativen Veräusserungsverbote zu tun, das nur den Schutz bestimmter Personen bezweckt. „Die Bestandteile des Fideikommissvermögens sind an sich und ihrer Rechtsnatur nach einer Veräusserung keineswegs unzugänglich. Ausgeschlossen wird letztere lediglich im Hinblick auf die Zugehörigkeit zum Fideikommiss und diesem letzteren Zwecke soll hier das relative gesetzliche Verbot zugunsten der Fideikommissinteressenten dienen. Es handelt sich mithin lediglich um eine besondere, dem Rechte oder der Sache an und für sich nicht anhaftende Beschwerung" [3]).

[1]) Ramdohr, S. 382.
[2]) S. 160 ff.
[3]) Ramdohr, S. 383.

Wie wäre überhaupt der Art. 61 EGBGB mit der absoluten Nichtigkeit[1]) zu vereinbaren. Geschützt werden die einzelnen Anwarter. Diesen gegenüber ist natürlich eine Veräusserung stets unwirksam; erwirbt also der Dritte gutgläubig, so hat der veräussernde Fideikommissbesitzer Schadensersatz zu leisten (die Fideikommissgegenstände zu ergänzen), im anderen Falle sind die Anwarter anfechtungsberechtigt und können Rückgabe des Gegenstandes an das Fideikommissvermögen verlangen.

b) Ausschluss anderweitiger Dispositionen des Stifters.

Diese ungeheuer starke Bindung des Fideikommissvermögens, die vom Standpunkte des Institutes des Familienfideikommisses durchaus verständlich, ja geradezu unerlässlich ist, bildet für den Stifter nicht nur einen Akt der Fürsorge für seine Familie bezw. die Angehörigen derselben, sondern legt ihm auch eine Beschränkung und sogar den Ausschluss eigener Willensbetätigung auf. Der Stifter entzieht sich die Möglichkeit anderweitiger Disposition und zwar nicht nur zu Lebzeiten, er hat sich auch der Befugnis begeben, letztwillig andere Bestimmungen zu treffen. Die Errichtung ist eine Handlung des Stifters, durch die er sich der Nachkommen zu Liebe freimütig einen Zwang auferlegt, den er jedenfalls eigenmächtig nicht mehr beseitigen kann. Sein persönliches Interesse, wenn man von der moralischen Befriedigung voraussichtlich, allerdings fast unbedingter Erhaltung des Familienglanzes absieht, spielt in diese Handlung gar nicht hinein. Es sind darum auch ausschliesslich Fragen persönlichen Empfindens, die zur Fideikommisserrichtung führen.

c) Entstehung eines Sondervermögens.

Die Verfügung lässt die Eigentumsrechte des Stifters an dem gewidmeten Vermögen untergehen, und nur wenn

[1]) So z. B. Brinz Bd. I S. 491, der „absolute Nichtigkeit“ für ein „Gut, das bei der Familie unveräusserlich bleiben solle“ fordert; auch Gierke Bd. II S. 35, Anm. 64 bezeichnet, die Sache beim Familienfideikommiss als „ausser Verkehr gesetzt“.

der Stifter erster Fideikommissbesitzer ist, bleiben ihm gewisse Rechte. Zugleich erstehen neue Rechte. Aber es vollzieht sich auch mit dem Vermögen als solchem eine Umwandlung, zwar nicht in dem Sinne, dass die Gegenstände andere werden, sondern nur so, dass sie eine Zusammenfassung zu einer neuen juristischen Sachgesamtheit erfahren (ebenso Ramdohr, S, 295). Diese Zusammenfassung der fideikommissarisch gebundenen Objekte bildet ein Sondervermögen, das natürlich nicht mehr der Herrschaft des Stifters untersteht, aus dessen Vermögen vielmehr ausgeschieden ist. Wer das berechtigte Subjekt dieses Vermögens ist, darüber herrscht Streit. Ramdohr[1]) gelangt unter Hinweis auf § 74, II, 4 ALR: „Das Obereigentum befindet sich bei der ganzen Familie" zur Konstruktion einer juristischen Person, der „sämtliche Personen der zur Nachfolge berufenen Familie angehören". Sicher ist, dass wir mit dem Begriffe des Ober- und Untereigentums heute nichts Rechtes mehr anfangen können, was auch Ramdohr[2]) zugibt; dazu kommt, dass wir heute nur Sach-, nicht auch Rechtseigentum kennen. Es fällt deshalb schon schwer, sich ein Eigentum an einer Forderung vorzustellen; wie aber soll ein Ober- und Untereigentum an einer solchen gedacht werden?

Unter Hinweis auf die Ausführungen auf S. 11—13 erscheint es zweifelhaft, ob die Vorschrift des § 74, II, 4 ALR heute noch verwendbar ist. M. E. ist es das Richtigere, den jeweiligen Fideikommissbesitzer als beschränkten Eigentümer zu charakterisieren, der Subjekt des Fideikommissvermögens ist. Man braucht deshalb nicht soweit zu gehen, dass man dieses Rechtssubjekt als ein neues beseichnet, wie der Entwurf[3]) annimmt. Der Wille des Stifters kann keine neue, physische Person schaffen[4]).

---

[1]) S. 303 ff.
[2]) S. 324.
[3]) S. 33.
[4]) Ramdohr S. 304.

Aber der Fideikommissbesitzer ist, wie z. B. der Gemeinzchuldner im Konkurse, Rechtssubjekt zweiter getrennter Vermögensmassen.

Wenn allerdings dem Fideikommissbesitzer wichtige Eigenschaften des Eigentümers fehlen, (insbesondere Verfügungsfähigkeit, auch letztwillige Verfügung über das Fideikommissvermögen), so ändert das nichts an seinem Eigentum. Das Grundbuchrecht sieht ihn jedenfalls als Eigentümer an, da es ihn auf das Eigentumsblatt einträgt [1]), und das angebliche Obereigentum der Familie äussert sich in nichts anderem als „in dem Rechte der Anwarter, für welche die Einschränkungen des Eigentums bestimmt worden sind“ [2]).

Ob man sich der Theorie von der Familie als juristischen Person anschliesst, den jeweiligen Fideikommissbesitzer als Eigentümer ansieht, der in seinen Rechten beschränkt ist, ein Gesamteigentum eines Verbandes annimmt, zu dem der jeweilige Besitzer und die Anwarter gehören, oder dem jeweiligen Fideikommissbesitzer blosse Nutzungsbefugnisse gibt [3]), ist schliesslich für die Frage nach den Einschränkungen, die der Stifter, wenn er erster Fideikommissbesitzer sein soll, durch seine Pflichtstellung erleidet, unerheblich. Diese Pflichten teilen sich in solche, die sich als Ergänzung zu der Abhängigkeitsstellung des Fideikommissbesitzers von Anwartern, Fideikommiss- und Aufsichtsbehörden darstellen, und in Pflichten anderen Dritten gegenüber [4]).

Zu dieser letzteren Art gehören insbesondere: „Tragung öffentlicher Lasten, Einstehen für Fideikommiss-

---

[1]) Dernburg, Allgem. Lehren- u. Sachenr. S 953/54, RGE Bd. 54 S. 401 ff.

[2]) Förster-Eccius, Pr. Privatr, S. 269. Besonders Lewis, S 186 ff will in dem jeweiligen Fideikommissbesitzer den Eigentümer sehen.

[3]) Die einzelnen Theorien sind bei Crome Bd 3 S. 589, Lewis S. 180 ff. besprochen.

[4]) Lewis in Hirth's Ann. S. 480.

schulden, Erfüllung sonstiger durch den Fideikommissbesitz verursachter, öffentlichrechtlichler und privatrechtlicher Verbindlichkeiten" (Ramdohr, S. 390).

d) Abhängigkeit des Fideikommissbesitzers von den Anwartern und den Organen des Familienfideikommisses.

Der Inhalt des Anwartschaftsrechts erschöpft sich nicht darin, — wenn es allerdings davon seinen Namen trägt, — dass das betreffende Familienmitglied bei Eintritt des Todes des Familienfideikommissbesitzers in dessen Stellung einrückt, vielmehr sind ihm auch schon zu Lebzeiten des Fideikommissbesitzers gewisse Rechte verliehen. Diese werden vielfach (z. B. Dernburg)[1]) als dinglich angesehen, Ramdohr, S. 554 und ähnlich der Entwurf S. 39 wollen sie hingegen als absolute Rechte charakterisieren. Wie dem auch sei, der Anwarter ist schon in dieser Rechtsposition fähig, die Stellung, die er einst erlangen soll, sich zu sichern. Das Gesetz gibt ihm mehrere Möglichkeiten:

Gemäss ALR § 211, II, 4 sollen bei „Verringerungen" unter Bezugnahme auf die Vorschriften zwischen Lehnsfolger und Allodialerben die Anordnungen über den Niessbrauch gelten (ALR §§ 132—142 I, 21). An ihre Stelle ist das BGB getreten, insbesondere BGB §§ 1051—1054. Danach kann bei Besorgnis einer erheblichen Verletzung der Anwartschaftsrechte Sicherheitsleistung verlangt, und nach rechtskräftiger Verurteilung des Fideikommissbesitzers zur Sicherheitsleistung einem gerichtlich bestellten Verwalter die Ausübung des Fideikommissbesitzers übertragen werden. (§§ 1051, 1052 BGB).

Macht der Fideikommisbesitzer unbefugten Gebrauch, so kann nach Abmahnung der Anwarter auf Unterlassung klagen. (§ 1053 BGB).

---

[1]) Bürgerl. Recht 3. Bd. S. 371 ff. „Der einzelne Fideikommissanwärter ist anzusehen als auf eine noch fremde Sache dinglich berechtigt".

Bei erheblicher Verletzung der Anwartschaftsrechte und Fortsetzung des Verhaltens trotz Abmahnens kann ein Verwalter eingesetzt werden (§ 1054 BGB).

Bei weitem wichtiger ist aber die Mitwirkung der Anwarter bei Rechtsgeschäften über die Substanz der zum Familienfideikommiss gewidmeten Gegenstände und bei Abänderung, Aufhebung, Ergänzung und Erklärung der Stiftungsurkunde. In diesen Fallen ist stets ein sogen. Familienschluss erforderlich (§§ 76—78 II,4 ALR). In anderen Fällen genügt die Zuziehung der zwei nächsten Anwärter (§§ 87 ff., § 118 ff., II,4 ALR. Mitunter wieder ist die Mitwirkung stiftungsgemäss berufener Organe (Kurator, Kuratorium, Familienvorstand usw.) erforderlich. Mögen nun alle diese Personen kraft positiver gesetzlicher Bestimmung oder auf Grund der Stiftungsurkunde berufen und bestellt sein, stets ist der Fideikommissbesitzer an ihre Zustimmung gebunden. Ramdohr[1]) bezeichnet die beiden nächsten Anwarter in analoger Anwendung des § 26 BGB geradezu als „gesetzliche Vertreter", und man wird den anderen Organen einen ähnlichen Charakter beizulegen haben. Jedenfalls sind alle Rechtsgeschäfte, die ohne die erforderliche Mitwirkung abgeschlossen werden, den Fideikommissinteressenten gegenüber unwirksam, und somit ist eben als weitere Voraussetzung zum rechtsgültigen Abschluss eines Rechtsgeschäftes die Zustimmung der betreffenden Organe erforderlich.

§ 12. Die Anwartschaftsrechte als Familienrechte.

Es wurde schon mehrfach darauf hingewiesen, dass der Wille des Stifters sowohl bei Errichtung als auch während des Bestandes des Familienfideikommisses eine wesentliche Rolle spielt. Dieser Wille geht hauptsächlich auf die Erhaltung des Familienglanzes, der conservatio splendoris familiae. Der Stifter will auch seinen entferntesten Nachkommen ein seiner gesellschaftlichen Stellung

[1]) S. 522.

entsprechendes, äusseres Ansehen durch Sicherstellung von Vermögen verschaffen. Dass in den meisten Fällen nur bestimmte Familienmitglieder zum Fideikommissbesitzer ausersehen sind — Majorat, Minorat, Seniorat, Juniorat, Primogenitur — ändert daran nichts. Dem Stifter liegt daran, dass die Träger seines Namens vor Vermögenssorgen geschützt sind. Eben deshalb sind alle die Rechte des Fideikommissbesitzers und der Anwarter von der Zugehörigkeit zur Familie bedingt und zeigen neben dem vermögensrechtlichen Charakter auch einen familienrechtlichen [1]). So haben z. B. die Anwartschaftsrechte die Eigentümlichkeiten der meisten Familienrechte: sie sind höchst persönlicher Natur, können weder veräussert, noch belastet werden, noch sind sie vererblich. Aus alledem erhellt: die Errichtung eines Familienfideikommisses wird hauptsächlich von der Entschliessung des Stifters getragen, für seine Familie, oder einzelne ihrer Mitglieder zu sorgen. Keinesfalls spielen hier Sorgen für die eigene Person des Stifters hinein. Im Gegenteil er legt sich, selbst wenn er erster Fideikommissbesitzer sein soll, ziemlich schwere Beschränkungen auf. So ist die Fideikommisserrichtung jedenfalls wesentlich eine Sorge für andere Personen.

§ 13. Unmöglichkeit der Eingliederung der Familienfideikommisserrichtung ins Erbrecht.

Wenn behauptet wird, die Fideikommisserrichtung enthalte eine letztwillige Verfügung, so sind natürlich die Fälle nicht gemeint, in denen die Errichtung im Testament oder Erbvertrag oder zwar durch Rechtsgeschäft unter Lebenden geschieht, jedoch mit der Wirkung, dass erst nach dem Tode des Stifters das Fideikommiss in die Existenz treten solle. Diese Fälle sind stets letztwillige Verfügungen und gehören, wie bereits S. 26 hervorgehoben ist, nicht in diese Betrachtung.

[1]) So auch Ramdohr, S. 551.

Die obige Behauptung geht vielmehr dahin, dass auch eine zu Lebzeiten des Stifters in Wirksamkeit tretende Fideikommisserrichtung den Charakter einer letztwilligen Verfügung trage. Diese besonders von Walter [1]) vertretene Ansicht stützt sich darauf, dass „es zum Wesen einer Fideikommissurkunde gehört, dass darin über das Schicksal der Güter nach dem Tode des Stifters vorsorglich Bestimmung getroffen ist". Richtig daran ist nur soviel, dass wesentlicher Bestandteil einer jeden Stiftungsurkunde Festsetzung einer Nachfolgeordnung ist [2]); Walter geht aber fehl darin, dass er den Tod des Stifters als Voraussetzung für die Wirksamkeit der Successionsordnung setzt. Der Tod des Stifters hat damit garnichts zu tun. Haben wir doch gesehen, dass der Stifter schon zu seinen Lebzeiten ein Fideikommiss errichten kann, ohne dass er erster Fideikommissbesitzer zu sein braucht; hier ist also für den Nachfolgefall nicht der Tod des Stifters, vielmehr das Ableben des ersten Fideikommissbesitzers erforderlich. Stifter und erster Fideikommissbesitzer brauchen eben nicht dieselbe Person zu sein. Ferner weisen Walter [3]) und eine Entscheidung des Obertribunals [4]) darauf hin, dass das ALR in formeller Beziehung „die Familienfideikommisse genau so behandle, wie die fideikommissarischen Substitutionen, d. h. also wie die unter diesem Namen bekannte besondere Errichtungsmodalität eines Testamentes" und führen dafür die Bezugnahmen des § 47, II, 4 ALR auf § 53, I, 12, § 142, II, 4 und § 525, I, 12 ALR an. Richtig ist dabei allerdings, dass an diesen Stellen, auf die verwiesen wird, oder die auf das Fideikommiss verweisen, von Testamenten und Successionsordnungen gesprochen wird. Soll aber eine Bezugnahme ein Beweis für den Charakter eines Rechtsinstitutes bilden? Es wird zugegeben, dass die Successionsordnung des Fidei-

[1]) S. 33–35.
[2]) Ramdohr, S. 574.
[3]) S. 34.
[4]) Bd. 83 S. 226.

kommisses gemäss § 47, II, 4 ALR sich nach der in §§ 53 ff. I, 12 ALR angegebenen richten solle. Damit wird aber eben nur bestimmt, dass für die Fideikommissnachfolge dieselben Regeln wie für die sog. fideikommissarischen Substitutionen gelten sollen. Daraus, dass zwei Rechtseinrichtungen — Familienfideikomiss und fideikommissarische Substitution — in Bezug auf Nachfolge gleichmässig gestaltet sind, zu folgern, dass auch Familienfideikommiss und fideikommissariiche Substitution oder vielmehr letztwillige Anordnung dasselbe seien, geht nicht an. Man würde so zu den ungeheuerlichsten Konsequenzen kommen, wenn man überall, wo im BGB z.B die Vorschriften über den „guten Glauben" Anwendung finden, die Rechtsbegriffe als gleiche hinstellen wollte. Man kann in diesen Fällen eben nur folgern, dass sie eine ähnliche Gestaltung erfahren haben. Ob die Oberbegriffe die gleichen sind, müsste sich aus anderen Gründen ergeben. Zugegeben wird auch von der neueren Literatur[1]), dass mit dem Erbrecht eine Menge von Berührungspunkten existieren. Dazu tritt noch Koch[2]) mit seiner Auffassung: „Die einseitigen Verfügungen — als Errichtungsakte für Familienfideikommisse — können andere Rechtsgeschäfte nicht sein als einseitige Erbverträge, d. h. Verträge, in welchem derjenige, welcher bei einem Testament der Fideikommittent sein würde, dem anderen Teil ein bestimmtes Landgut (oder Kapital) mit der Bestimmung zusichert, dass dasselbe für alle Zeiten bei dessen Familie verbleiben solle und sich von Generation zu Generation forterben solle, und dass dieser die Zusicherung acceptiert".

Versucht man die Fideikommisserrichtung (unter Lebenden, die sofort in Wirksamkeit treten soll), dem Begriffe der letztwilligen Verfügung im Sinne des BGB unterzuordnen, so stösst man auf Schwierigkeiten.

Zunächst das Testament. Dieses hat allerdings die Eigenschaft, dass, wenn es nicht widerrufen wird, dem Bedachten unmittelbar Rechte und Pflichten überträgt.

[1]) Entwurf S. 32. Ramdohr S. 536.
[2]) Preuss. Erbr. S. 1074 ff.

Aber einerseits ist dem Testament gerade der Widerruf etwas so wesentliches, dass sich schon hierin mit der von einem gewissen Zeitpunkte ab, unwiderruflichen Fideikommisserrichtung erhebliche Unterschiede zeigen. Im Zusammenhang damit steht auch der Umstand, dass zur Zeit, wo der Testator letztwillig verfügt, mit seinem Vermögen gar keine Veränderung vor sich geht, vor allem gehen seine Rechte nicht unter, er kann immer noch über sie verfügen. Demgegenüber sahen wir bei der Fideikommisserrichtung, dass sich ein Sondervermögen mit vollendeter Fideikommisserrichtung aus dem übrigen Vermögen des Stifters ausgeschieden hat, an dem ihm keinerlei Rechte zustehen, falls er nicht gerade erster Fideikommissbesitzer sein sollte.

Diese letzten Bedenken sprechen auch gegen die Annahme eines Erbvertrages. Auch hier bleiben zur Zeit des Abschlusses des Vertrages bis zum Tode die Parteien Eigentümer, Forderungsberechtigte usw. In anderer Beziehung nähert sich aber der Erbvertrag der Fideikommisserrichtung. Auch er ist prinzipiell nicht widerruflich.

Wollte man aber trotz dieser Bedenken die Fideikommisserrichtung für eine letztwillige Verfügung halten, wie charakterisiert sich dann die Stellung des Fideikommissbesitzers, bezw. der Anwarter?

Sieht man in der Bestimmung des jedesmaligen Fideikommissbesitzers eine Erbeseinsetzung, so besteht wieder der Unterschied, dass nach BGB die Erbfolge in der Weise Universalsuccession ist, dass der Erbe in alle Rechtsverhältnisse entweder des gesamten Vermögens oder eines Bruchteils des Erblassers eintritt. Beim Familienfideikommiss findet „eine Nachfolge in einzelne aus dem Vermögen des Stifters stammende Bestandteile, wenn auch in deren Zusammenfassung zu einem Sondervermögen“ statt[1]). Zwar wird auch hier nicht bloss in ein einzelnes Recht succediert, sondern in einem Inbegriff von Rechts-

[1]) Entwurf S. 32. Ebenso Stobbe, Deutsch. Pr. R. Bd. 5. S. 365.

verhältnissen, und insofern ist auch hier die Bezeichnung Gesamtnachfolge am Platze, aber sie findet nur in ein besonderes Vermögen, das Fideikommissvermögen, statt und deshalb ist sie vor allem Spezialsuccession. — Es ergibt sich also, dass die Einsetzung des Fideikommissbesitzers keine Erbeseinsetzung nach BGB sein kann.

Man hat auch in der Fideikommisserrichtung die Zuwendung eines Vermächtnisses erblicken wollen. Demgegenüber braucht nur darauf hingewiesen zu werden, dass die Fideikommisserrichtung unmittelbar wegen der ihr innewohnenden Natur als Verfügung Rechte schafft und untergehen lässt, während das Vermächtnis immer nur Forderungsrechte gegen den Erben, also die causa zur obligatorischen Verpflichtung gibt. Auch bleibt hier doch wieder die Schwierigkeit, dass der Verpflichtete der Erbe ist, während, wollte man schon eine analoge Anwendung machen, beim Familienfideikommiss nur der Stifter als Erblasser in Frage käme.

Am meisten ähnelt das Institut noch der Vor- und Nacherbfolge des BGB, und wären es nur die Abweichungen, die der Entwurf[1]) aufweist; „Während die Fideikommissstiftung dem dauernden Wohle einer durch natürliche und sittliche Bande verbundenen Gemeinschaft zu dienen bestimmt ist, bezweckt die Einsetzung eines Vor- und Nacherben nur den persönlichen Nutzen einiger weniger Personen", so würde man trotzdem mindestens eine Analogie annehmen können.

Zunächst erwirbt der Vorerbe nicht ein blosses Forderungsrecht, sondern unmittelbar mit dem Erbfalle seine Rechte. Er wird Eigentümer, wenn auch durch die Rücksicht des Nacherben beschränkt. Gerade hierin begegnen sich beide Institute. Auch der Nacherbe hat, ebenso wie der Anwarter, schon zu Lebzeiten des Vorerben gewisse präsente Rechte[2]). Insbesondere wird das Recht des

[1]) S. 33.

[2]) vgl. Planck Bd. V S. 397 Zustimmend Staudinger Bp. 5 S. 394.

Nacherben auch in das Grundbuch eingetragen. (§ 52 GBO). Insoweit die Verfügung des Vorerben das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde, ist sie als Verfügung eines Nichtberechtigten anzusehen. Bei Besorgnis einer erheblichen Gefährdung der Rechte des Nacherben kann Sicherheitsleistung verlangt werden (§ 2128 BGB). Nach Verurteilung hierzu kann gerichtliche Verwaltung eingesetzt werden (§ 2128 in Verb. mit § 1052 BGB). Die Anwarter haben also fast nur die gleichen Rechte wie der Nacherbe. (vgl. S. 38/39).

Andererseits sind unverkennbare Unterschiede vorhanden. Vor allem ist die Succession in das Familienfideikommiss eine Spezialsuccession, während das BGB eben nur die Universalsuccession kennt. Ramdohr sagt mit Recht[1]: „Der Erbe (des BGB) setzt die Person des Erblassers fort, er repräsentiert den letzteren (§ 1922 BGB). Dass das für den Fideikommissfolger nicht gelten kann, liegt auf der Hand. Er setzt weder die Person des Stifters, noch diejenige seines Vorgängers im Fideikommiss fort. Im obigen Sinne lässt sich mithin offenbar nicht von einer Universalsuccession sprechen.“ Auch das Reichsgericht[2]) nimmt nicht Universalsuccession an.

Ferner ist auch hier wieder zu berücksichtigen, was überhaupt gegen die Annahme einer letztwilligen Verfügung spricht. Es ist richtig, dass eine unter Lebenden in Wirksamkeit tretende Fideikommisserrichtung in den bei weitem meisten Fällen auch noch nach dem Tode des Stifters in Geltung bleiben wird, und insofern hat der Stifter seinem Willen einen solchen Ausdruck gegeben, dass auch zur Zeit, wo sein Wille nicht mehr existiert, doch danach verfahren werden muss. Aber soll man sich aus diesem Grunde die Disposition von der Zeit der Errichtung bis zu seinem Tode auch als letztwillige vorstellen? Im Gegenteil, es wäre doch viel natürlicher, diese

[1]) S. 616.
[2]) Bd. 26 S. 141.

Trennung einer Willenserklärung in zwei zeitlich gesonderte Abschnitte zu unterlassen, und eine Verfügung unter Lebenden anzunehmen, die nur insofern besonders geartet ist, als sie noch nach dem Tode des Verfügenden Wirkungen äussert. Diese Eigentümlichkeit macht eine Verfügung aber noch noch nicht zu einer letztwilligen. Vielmehr ist es das Charakteristikum jeder letztwilligen Verfügung, dass der Tod des Verfügenden Voraussetzung ist. Unser Fall der Fideikommisserrichtung ist aber an diesen Zeitpunkt gar nicht geknüpft.

Wenn sich sonach rein äusserlich bei dem Vermögensübergange von einem Fideikommissbesitzer auf den Nachfolger mit der Vor- und Nacherbschaft gewisse Aehnlichkeiten ergeben, so muss man doch in Rücksicht auf die inneren Unähnlichkeiten (Spezial- bezw. Universalsuccession, wirksame Regelung schon zu Lebzeiten bezw. erst nach dem Tode des Verfügenden) von der Folgerung: Vor- und Nacherbschaft kann nur in einer letztwilligen Verfügung angeordnet werden; da die Fideikommissfolge gewisse Aehnlichkeiten mit dieser hat, ist auch die Errichtung eines Fideikommisses eine letztwillige Verfügung — zurückschrecken. Ob man im einzelnen Falle die Vorschriften über Vor- und Nacherbschaft beim Familienfideikommiss als Ergänzung in Anwendung bringt, wie Ramdohr, S. 617 es empfiehlt, mag dahingestellt bleiben.

III. Abschnitt.

Die eizelnen Beweisgründe für die Verneinung der gestellten Frage.

§ 14. Die Errichtung eines Familienfideikommisses, ein höchstpersönliches Rechtsgeschäft.

Wie bereits betont wurde (S. 16/17), lässt das BGB weder eine gesetzliche noch eine rechtsgeschäftliche Stellvertretung in den Fällen zu, in denen es höchstper-

sönliche Vornahme vorschreibt. Diese Fälle sind fast stets unschwer kraft der ausdrücklichen Bestimmung im Gesetze zu erkennen; indessen hat das BGB auch nicht alle derartigen Fälle als höchstpersönliche bezeichnet, woraus zu folgern ist, dass der Kreis dieser Geschäfte kein geschlossener ist. (vgl. S. 17).

Walter [1]) findet in dem Ausdruck des § 47, II,4 „nach eigenem Gutbefinden“ die besondere Hervorhebung des Errichtungsgeschäftes eines Familienfideikommisses als eines höchstpersönlichen. Auch komme die ähnliche Bezeichnung „nach Gutbefinden“ beim Testament vor. Sowohl das ALR wie auch das BGB lassen nur eine persönliche Testamentsverrichtung zu. Es würde also, wollte man den Ausdruck „nach eigenem Gutbefinden“ demjenigen „höchstpersönlich“ gleichstellen, die Unzulässigkeit einer Stellvertretung folgen.

Wollte man den zitierten Worten nicht die erwähnte Bedeutung beilegen, so ist es allerdings fraglich, ob man die Errichtung eines Familienfideikommisses für ein höchstpersönliches Rechtsgeschäft halten kann. Staudinger [2]), Planck [3]), sowie das Reichsgericht [4]) stehen nämlich auf dem Standpunkte, dass eine Verallgemeinerung der Fälle, in denen Vertretung unzulässig sein solle, unstatthaft sei.

Wenn es so allerdings zweifelhaft ist, ob man den Kreis der höchstpersönlichen Rechtsgeschäfte erweitern kann, so mag jedenfalls auch hier die materielle Begründung für den höchstpersönlichen Charakter des Rechtes, ein Familienfideikommiss zu errichten, folgen:

Das Allgemeine Landrecht Einl. (§§ 102, 104) spricht von den „höchstpersönlichen Rechten“ als von solchen, welche „nur der Person ankleben“, oder die „bloss an den Stand gebunden sind“. Diesen Rechten, die mit dem

[1]) S. 46 ff.
[2]) Bd. I S. 516 ff.
[3]) Bd. I S. 283.
[4]) Bd. 63 S. 114 ff.

Tode bezw. dem Verlust des Standes untergehen, stellt das ALR in Einl. § 103 die zum „freien Vermögen gehörigen“ und deshalb vererblichen Rechte gegenüber.

Koch [1]) hält es für eine „Schwierigkeit zu bestimmen, was zur einen und anderen Klasse gehört.“ In unserem Falle ist diese Festellung leicht zu bewirken; denn dass man das Recht, ein Familienfideikommiss zu errichten, als ein vererbliches hinstellen wollte, dafür dürfte kaum eine Begründung gefunden werden. Es handelt sich eben deshalb um ein höchstpersönliches Recht, und da das Recht einer Fideikommisserrichtung nicht mehr ein Standesprivileg ist, gehört es unter diesen Rechten nicht zu denen, welche „bloss an den Stand gebunden sind,“ sondern „welche einer Person ankleben“.

Wenn sich so zeigt, dass jedenfalls das ALR das Recht der Fideikommisserrichtung für ein höchstpersönliches gehalten hat, so ist das natürlich durch das BGB nicht geändert worden. Wollte man dagegen einwenden, dass die zur Begründung angeführten §§ 102 - 104 Einl. ALR durch das preussische AGBGB Art. 89, 1a aufgehoben sind, so bleibt, um alle Bedenken zu zerstreuen, in ALR § 74, II, 4 die positive Bestimmung „nach eigenem Gutbefinden“.

Schon hieraus folgt, dass der Vormund für sein Mündel ein Familienfideikommiss nicht errichten kann.

§ 15. Die Errichtung eines Familienfideikommisses ein Verwaltungsakt des Vormunds?

Wenn der vorher angeführte Beweisgrund überhaupt Vertretungsmöglichkeit bei Errichtung des Familienfideikommisses ausschliesst, so mögen jetzt die speziellen Ablehnungsgründe aus dem Gebiete des Vormundschaftsrechts folgen.

Es wurde bereits hervorgehoben, dass die Tätigkeit des Vormunds bezüglich des Mündelvermögens vor allem

[1]) S. 45, 46.

eine verwaltende ist. So bezeichnen auch die Motive Bd. IV S. 1084 ff. die Sorge des Vormunds für das Vermögen. Das BGB kennt in seinem System viele Fälle der Vermögensverwaltung — die Verwaltung von Vereinen, des eingebrachten Gutes durch den Mann, des Frauenvermögens bei der Gütertrennung, des Nachlasses bei der Erbgemeinschaft u.s.w., — gibt aber nirgends eine Begriffsbestimmung; auch aus dem Sprachgebrauch lässt sich eine feste Umgrenzung des Begriffes nicht finden. Jedenfalls versteht das Gesetz in den meisten Fällen mehr als die „blosse Fürsorge für die Erhaltung des Vermögens ohne Aenderung der Substanz und die Ziehung der Nutzungen“ [1]). Es gibt dem Verwalter auch die Befugnis der Substanzveränderung. Planck geht aber darin jedenfalls zu weit, wenn er darin alle Befugnisse, welche „der Eigentümer zu treffen befugt ist“, sieht. Der Eigentümer kann sein Vermögen auch derelinquieren, kann es auch zu den gefährlichsten Spekulationen benutzen. Soweit wird man eben die Grenze nicht ziehen dürfen. Der Verwalter wird sich vielmehr auf die gewöhnlichen Massnahmen ordnungsgemässer Tätigkeit zu beschränken haben, ähnlich wie das HGB in § 54 dem Handlungsbevollmächtigten diejenigen Handlungen und Geschäfte überlässt, „die der Betrieb .... gewöhnlich mit sich bringt“ [2]). Speziell für den Vormund sagt uns die bereits zitierte RGE Bd. 41 S. 262: „Die Verwaltungsbefugnisse des Vormundes stehen denen des Eigentümers nicht gleich.“

Wenn vorher betont wurde, der Vormund sei vor allem Verwalter des Mündelvermögens, er dürfe daher unsichere Kapitalsanlagen nicht vornehmen, so kann man allerdings keinesfalls behaupten, dass die Errichtung eines Familienfideikommisses eine solche sei, im Gegenteil wird durch die dauernde Gebundenheit eine bedeutende Sicherstellung des Mündelvermögens erzielt, und insofern ist sie

[1]) Planck IV, S. 130.
[2]) a. A. Böhm S. 110 Anm. 2.

für einen verschwenderisch veranlagten Mündel ein gewisses Gegengewicht. Und wenn die Errichtung eines Familienfideikommisses nur dieses Moment allein trüge, so würde man bei dem Mangel jeder positiven Gesetzesvorschrift kaum etwas einzuwenden haben. Aber sie zeitigt noch andere Momente.

§ 16. Erlass eines Veräusserungsverbotes als Inhalt vormundschaftlicher Tätigkeit?

Vor allem das Veräusserungsverbot. Es kann nicht der Inhalt vormundschaftlicher Verwaltung sein, dem Mündel über die Zeit der Schutzbedürftigkeit hinaus sein Vermögen zu entziehen. Dieser Satz folgt schon aus dem Begriffe der Vormundschaft als einer Fürsorge für geschäftsunfähige bezw. in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Personen. Fallen diese Voraussetzungen fort, so fällt damit auch die Fürsorge. Aber auch aus dem Gesetze (Kapitalsanlagen S. 20/21, Abschluss von Miet-, Pacht- Dienstverträgen, S. 21/22) geht ganz deutlich hervor, dass alles, was den Mündel irgendwie in seinen Dispositionen einengen könnte, vermieden werden soll bezw. an erschwerte Voraussetzungen geknüpft wird. Auch in diesen letzteren Fällen hat aber der Mündel stets noch die Möglichkeit, wenn auch mitunter erst nach einigen Jahren, anders zu wirtschaften als der Vormund beabsichtigt hatte.

§ 17. Die Errichtung eines Familienfideikommisses vor allem eine Sorge für die Nachkommen.

Die Stellung des Fideikommissbesitzers wird häufig auch unter dem Gesichtspunkte einer gesellschaftlich besonders ausgezeichneten und gesicherten betrachtet. Deshalb kann man aber in der Errichtung eines Familienfideikommisses noch nicht den Ausfluss der Sorge des Vormunds für die Person des Mündels erblicken. Diese umfasst vielmehr die Erziehung, die Ehe, Annahme an Kindesstatt, Entlassung aus dem Staatsverbande u. s. w.

Die Errichtung eines Familienfideikommisses ist aber eigentlich viel weniger Sorge für den Mündel als für dessen Nachkommen. Die Bereithaltung ausreichender Mittel für den Unterhalt des Mündels kann auch auf andere Weise geschehen; um zugleich auch für die künftigen Geschlechter zu sorgen, bedarf es der aussergewöhnlich starken Vermögensbindung. Deshalb ist das Familienfideikommiss vielmehr für andere geschaffen als für den Stifter. Der Vormund soll aber ausschliesslich die Interessen des Mündels vertreten, nur für ihn ist er bestellt, und lässt er sich die Sorge für Dritte daneben angedeihen, so vollzieht er jedenfalls Handlungen, die gar nicht unter seine vormundschaftliche Tätigkeit fallen. Noch auffallender wird diese Sorge für andere, wenn der Vormund ein Familienfideikommiss für eine andere als die Mündelfamilie errichtet. Hier ist unzweideutig zu erkennen, dass auch nicht einmal mehr das Moment der Sicherstellung des Mündelvermögens angeführt werden kann.

§ 18. Unfreiheit des Mündels nach dem Fortfall der Vormundschaft.

Mit Eintritt bezw. Wiedereintritt unbeschränkter Geschäftsfähigkeit des Mündels hört die vormundschaftliche Tätigkeit auf, natürlich werden diejenigen Wirkungen, die vor diesem Zeitpunkt zur Entstehung gelangt sind, darüber hinaus aber noch fortdauern, durch die Entlassung des Vormundes nicht beseitigt. Andererseits kann der Vormund während seiner Tätigkeit nicht Anordnungen treffen, durch die der Mündel an die Entschliessungen eines anderen gebunden wird, wenn diese Entschliessungen erst nach dem Eintritt unbeschränkter Geschäftsfähigkeit getroffen werden sollen. Von diesem Standpunkt aus hat man die Unzulässigkeit einer Vollmachterteilung mit Wirkung über den genannten Zeitpunkt hinaus gefolgert. Die Zustimmung bezw. Genehmigung der zwei nächsten

Anwarter, des Familienrats, die Mitwirkung des Kuratoriums u. s. w. sind nun keineswegs als Vollmacht zu bezeichnen; denn diese Rechte treten mit vollendeter Fideikommisserrichtung kraft Gesetzes ein, sie werden nicht durch Rechtsgeschäfte bestellt. Immerhin geben sie diesen Personen die Macht, die Vornahme eines Rechtsgeschäftes, die Aenderung der Stiftungsurkunde zu gestatten, bezw. zu verhindern. So ist ihre Wirkung nichts anderes als die einer Vollmacht, geht vielleicht sogar über letztere hinaus. Denn während der Vollmachtgeber (Mündel) regelmässig auch allein handeln kann, ist der Fideikommissbesitzer mit unbedeutenden Ausnahmen infolge der Notwendigkeit der Mitwirkung der Fideikommissorgane dazu gar nicht in der Lage.

§ 19. Das verschiedenartige juristische Ergebnis je nach dem Objekte des Fideikommissvermögens.

Als Grundstock für Familienfideikommisse kommen an sich nur „Kapitalien und Grundstücke[1], mit welchen Ackerbau und Viehzucht verbunden ist“ [§ 48, II,4] in Betracht. Daneben kennt das ALR in § 59,II,4 noch die reinen Geldfideikommisse von bestimmter Höhe. Das schliesst aber keineswegs aus, dass dem Fideikommiss insbesondere auch bewegliche Sachen zugefügt werden. (§ 61,II,4 ALR).

Es wurde auf S. 29 32 der Errichtungsakt als eine Verfügung charakterisiert, insofern er eine Veränderung dinglicher Rechte bewirkt. Insbesondere wurde festgestellt, dass er nicht bloss die Verpflichtung zu einer Verfügung enthalte, weil die Fideikommissinteressenten unmittelbar berechtigt werden. Enthielte der Errichtungsakt nur eine Verpflichtung zur dinglichen Verfügung, so läge

[1]) Unter Kapitalien versteht das ALR § 12, I,2: „Die auf jeden Inhaber lautenden Papiere, z. B. Banknoten, Pfandbriefe, Aktien u. s.w, sie mögen Zinsen tragen oder nicht, werden gleich anderen Schuldinstrumenten, zum Kapitalvermögen gerechnet.“

der Fall des § 1822,1 vor: Eine Verpflichtung des Mündels zur Uebertragung seines Vermögens im ganzen bezw. eines Bruchteiles. Dem ist aber nicht so. Die Verfügung ist bereits getroffen. Auch der Vormund kann verfügen. Dabei ist aber die Regelung prinzipiell so getroffen, dass er nur über bewegliche Sachen allein, über andere Gegenstände nur mit Genehmigung des Gegenvormundes bezw. des Vormundschaftsgerichtes verfügen kann. Daraus ergibt sich eine Ungleichheit, die wohl hauptsächlich auf den geringeren Wert beweglicher Sachen zurückzuführen ist.

Wollte man dem Vormund die Fideikommisserrichtung gestatten, so könnte er, sofern zum Fideikommissvermögen bewegliche Sachen gehören, sie allein vornehmen, während er zur Verfügung über Grundstücke, Wertpapiere, Forderungsrechte u. s. w. der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes bezw. des Gegenvormundes bedürfte.

Dies ist ein unhaltbares Ergebnis, das eben nur auf der verschiedenartigen juristischen Behandlung beruht, während die Fideikommisserrichtung in allen Fällen von der gleichen einschneidenden Bedeutung für das Mündel ist. Man kann deshalb nur sagen, dass das BGB in den Fällen, in denen es Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes oder des Gegenvormundes fordert, gar nicht an die Fideikommisserrichtung gedacht hat. Wollte man nun eine Lücke im Gesetz annehmen und dann analog den Fällen, wo Genehigung gefordert wird, verfahren, oder meinen, dass sich die Fideikommisserrichtung überhaupt gänzlich vormundschaftlicher Tätigkeit entzieht, beides ist nach den Ausführungen auf S. 19 unmöglich; denn einer analogen Anwendung der genehmigungsbedürftigen Geschäfte steht das Prinzip des BGB entgegen, dass nur die besonders angegebenen Fälle eine Ausnahme von der Selbständigkeit des Vormundes machen (vgl. S. 17/18).

Dazu kommt noch, dass die Einholung der Genehmigung selbst bei einem genehmigungsbedürftigen

Rechtsgeschäft den Vormund noch nicht unbedingt von der Haftbarkeit zu befreien braucht[1]), um wieviel weniger kann sie ihm bei einem nicht genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäft etwas nützen? — Andererseits kann man auch nicht folgern, dass sich die Errichtung eines Familienfideikomisses gänzlich vormundschaftlicher Tätigkeit deshalb entzieht, weil sie unter die genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäfte nicht fällt, die selbständige Vornahme durch den Vormund für den Mündel aber gefährlich erscheint. Dies widerspräche dem Grundsatz der Unbeschränktheit des Vormundes (vgl. S. 16).

Aber aus dem verschiedenartigen juristischen Ergebnis je nach dem Objekt ergibt sich, dass man nach dem Gegenstand des Fideikommissvermögens und damit nach der selbständigen bezw. genehmigungsbedürftigen Vornahme der Fideikommisserrichtung durch den Vormund nicht teilen kann. Hierbei ist vielmehr auf die verwaltende Tätigkeit des Vormundes Gewicht zu legen. Die Verwaltung aber gibt ihm diese Befugnis nicht. (vgl. S. 48/50).

Mit diesem Ergebnis der Nichtzugehörigkeit zur vormundschaftlichen Verwaltung steht nur scheinbar der Fall im Widerspruch, wenn dem Mündel von Todeswegen oder unter Lebenden Vermögen mit der Bestimmung zugewendet wird, dass daraus ein Familienfideikommiss errichtet werde. Die Stiftungsurkunde ist dann meist schon vorhanden, nur bedarf sie noch der Verlautbarung; diese muss lt. § 30, II,4 ALR von dem Familienvorsteher, der zum Fideikommissbesitz berufenen Familie vollzogen werden. Diese Vorschrift ist aber nur so aufzufassen, dass falls keine andere Person in der Stiftungsurkunde benannt ist, der Familienvorsteher die Verlautbarung vornehmen muss[2]). Warum sollte dann nicht der Testator den Vormund zu dieser Handlung bestimmen können. Es

[1]) Philler, S. 83. Richter, S. 232.
[2]) Ramdohr, S. 281.

liegt der Tatbestand des § 1803 BGB vor; man könnte dagegen einwenden, dass auch hier nur der Vormund zu „verwalten“ hat, während in den vorstehenden Ausführungen geleugnet wurde, dass die Errichtung eines Familienfideikommisses zur verwaltenden Tätigkeit des Vormundes gehört. Schon bei anderer Gelegenheit jedoch (vgl. S. 49) wurde darauf hingewiesen, dass der Sprachgebrauch des BGB rücksichtlich dieses Ausdruckes kein feststehender ist, und so umfasst er eben in § 1803 auch diejenigen Massnahmen, die zur Durchführung der von dem Dritten festgesetzten Anordnungen erforderlich sind. Je nachdem wird dadurch die regelmässige Tätigkeit des Vormunds erweitert bezw. eingeengt. Immerhin bedeutet § 1803 doch eine Ausnahme; daher ist es nicht angängig, von der Verwaltung in diesem Sinne einen Rückschluss auf diejenige zu machen, die der Vormund gewöhnlich zu führen hat, falls der Tatbestand des § 1803 nicht vorliegt.

§ 20. Die Errichtung eines Familienfideikommisses, eine Schenkung.

Gemäss § 1804 BGB kann der Vormund mit geringen Ausnahmen aus dem Mündelvermögen Schenkungen nicht vornehmen.

Ist die Errichtung eines Familienfideikommisses überhaupt das geeignete Objekt einer Schenkung? Dazu ist erforderlich, dass aus dem Vermögen des einen in das des anderen eine unentgeltliche Zuwendung erfolgt. Durch das Stiftungsgeschäft als einer Verfügung gehen die Eigentumsrechte des Stifters unter. Das Fideikommissvermögen hat sich aus seinem übrigen Vermögen ausgeschieden, zugleich aber sind gewisse Rechte der Anwarter entstanden. Wenn sich so die Vermögensverminderung des Stifters klar ergibt, so ist die Frage schwieriger, ob die Anwarter bereichert sind. Sie haben, wie auf S. 38/39 gezeigt, schon zu Lebzeiten ihres Vorgängers gewisse präsente Rechte, die allerdings insofern einen Vermögenswert

nicht repräsentieren, als sie wegen ihrer höchstpersönlichen Natur unveräusserlich und unvererblich sind [1]). Aber das Anwartschaftsrecht geht weiter. Vor allem umfasst es doch das Recht zu succedieren, selbst Nutzungsberechtigter zu werden. Es handelt sich also um ein Recht, das nur nicht sogleich, sondern erst von einem gewissen Zeitpunkt ab — Tod des Vorgängers ist nicht stets erforderlich — einen Vermögenswert darstellt. Ein solches Recht kann sehr wohl Gegenstand einer Schenkung sein. Liegt nicht der Fall ähnlich, wenn eine zur Zeit der unentgeltlichen Zuwendung wertlose Aktie nach einigen Jahren im Kurse steigt? M. E. ist es daher nicht richtig, wenn die Fideikommisserrichtung nur als „Freigebigkeit“ [2]), „Liberalität“ [3]), oder „Vergabung“ [4]) bezeichnet wird. Die Anwartschaftsrechte sind geeignete Objekte für eine Schenkung.

Das BGB kennt in § 516 nicht nur vertragliche Schenkungen, sondern auch in Absatz 2 solche, die „ohne den Willen eines anderen erfolgt sind.“ Wollte man diese Art als streng einseitige Schenkungen bezeichnen, so würde man der Ausschlagung auf Seiten des Beschenkten gar keine Bedeutung beilegen. Einseitig ist die Schenkung nur zur Zeit ihrer Vollziehung, der Beschenkte hat ohne seinen Willen die Rechte erworben; Planck II, S. 425 erblickt daher in der einseitigen Schenkung „noch nicht die vollendete, sondern nur das Angebot, an welches der Zuwendende bis zur Ablehnung gebunden sein will.“ Durch die Nichtausschlagung wird schliesslich die in § 516 Abs. 1 geforderte Willenseinigung erzielt.

Denselben Vorgang finden wir beim Familienfideikommiss. Der Stifter hat einseitig durch die vollendete Fideikommisserrichtung den eingesetzten Personen ihre Stellung innerhalb des Familienfideikommisses verschafft.

[1]) zustimmend Ramdohr, S. 552.
[2]) Dernburg, Vormundschaftsr. S. 269.
[3]) Walter, S. 40 ff.
[4]) RG Bd. 54 S. 401 ff.

Sie haben ohne ihren Willen diejenige Eigenschaft erlangt, die der Stifter wollte, d. h. einer ist Fideikommissbesitzer, andere sind Anwarter ohne ihr Zutun geworden. Aber wie schon früher (S. 30/31) ausgeführt, können niemandem Rechte aufgezwungen werden, geschweige denn, dass wie beim Familienfideikommiss zugleich Pflichten entstehen. Jeder Fideikommissbesitzer, jeder Anwarter hat daher die Befugnis auszuschlagen. Damit können sich diese Personen zwar nie davor schützen, dass sie Fideikommissbesitzer, bezw. Anwarter geworden sind. Aber sie erreichen mit der Ausschlagung, dass sie es nicht bleiben. Nehmen wir nun an, dass alle in Betracht kommenden Fideikommissinteressenten ausschlagen, so würde es sicher weder dem Gesetze noch dem Willen des Stifters entsprechen, wenn wie beim Aussterben der Familie in der Hand des letzten freies Eigentum entstünde (§ 139, II,4). Wer nicht Fideikommissbesitzer sein will, kann auch nicht Eigentümer desselben Vermögens werden. Ramdohr (S. 670) will in analoger Anwendung der Vorschriften des BGB über Stiftungen dem Fiskus das Vermögen anfallen lassen. Dieser Ausweg ist immerhin erträglicher, als wenn man das Vermögen als derelinquiertes, von Grundstücken abgesehen, an denen der Fiskus ein alleiniges Aneignungsrecht hat, der Aneignung eines jeden zugänglich machen wollte. Aber auchdas Resultat Ramdohrs ist nicht befriedigend. Erwünschter ist jedenfalls dass das Vermögen an den Stifter zurückfällt. Die Aussonderung aus seinem Vermögen geschah doch nur, damit ein bestimmtes Familienfideikommiss bestehe, in der Voraussetzung also, dass überhaupt einer Fideikommissbesitzer werde, und insofern liegt in der Fideikommisserrichtung wie bei der einseitigen Schenkung zugleich auch die Anfrage, ob einer Fideikommissbesitzer bleiben, ob der Beschenkte die Schenkung behalten will, also ein Vertragsangebot[1]). Für die Fideikommtssinter-

[1]) Der Einwand Lewis, S. 120: „Die Absicht jedes Interessenten gehe nur auf Erwerb für seine Person, nicht auch zu-

essenten ist die Fideikommisserrichtung noch kein endgültiger Erwerb ihrer Rechte. Vielmehr tritt dieser erst ein, wenn sie nicht ausschlagen. (Vgl. S. 28/32). Für den Fall, dass der Stifter erster Fideikommissbesitzer sein soll, kann er natürlich als Vertragsgegner nicht in Betracht kommen, vielmehr ist es erst sein Nachfolger. Schlägt dieser aus, so ist zugleich dem nächsten Anwarter der Vertragsantrag gestellt, bis die Reihe der Fideikommissinteressenten beendet ist.

So haben in dem oben gedachten Falle der Stifter als auch seine Erben noch die Möglichkeit, das Fideikommissvermögen zurückzuerlangen, bezw. im gewöhnlichen Erbschaftsgange weitergehen zu lassen. Nach BGB § 516, II, Satz 3 kann nämlich der Stifter die Herausgabe des zugewendeten Vermögens nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung verlangen. Es greift hier § 816, 1, S. 2 (Fall 2) BGB ein; der mit der Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg, das beständige Familienfideikommiss ist nicht eingetreten.

Dass dieses Ergebnis erwünschter ist, als der Anfall an den Fiskus, ist wohl nicht zu bezweifeln. So charakterisiert sich die Fideikommisserrichtung auch als eine Schenkung; auch aus diesem Grunde erscheint die Fideikommisserrichtung aus dem Mündelvermögen durch den Vormund unzulässig.

§ 21. Herausgabe des Mündelvermögens und Gebundenheit des Fideikomissvermögens.

Während der Gleichstellung der Fideikommisserrichtung mit der letztwilligen Verfügung nach den Bedenken auf S. 40/46 nicht beigetreten werden kann, auch Walter's Ausführungen über General- und Spezialvollmacht jeden-

---

gleich für seine Descendenten," ist nicht zutreffend. Wer Fideikommissbesitzer sein will, hat auch den Willen für die Nachfolger zu sorgen. Fideikommissbesitz und Succession bedingen sich gegenseitig.

falls für das moderne Recht schon wegen der rechtlichen Verschiedenheit der Bestellung des Vormundes und der Vollmacht [1]) nicht verwendbar erscheinen, lassen sich aus der Herausgabepflicht auch heute noch Folgerungen ziehen.

Der § 1890 fordert vom Vormund, das von ihm verwaltete Vermögen bei Beendigung seines Amtes herauszugeben. Walter S. 39 meint mit Recht, dass die Herausgabe des Mündelvermögens dem Vormund faktisch unmöglich ist, falls er ein Fideikommiss errichten könnte. Das Fideikommissvermögen gehört dann gar nicht zum Mündelvermögen.

Natürlich werden in den meisten Fällen die herauszugebenden Vermögensgegenstände andere als die übernommenen sein, denn die Verwaltungsbefugnis des Vormunds umfasst das Recht der Substanzveränderung. Immerhin muss unter gewöhnlichen Verhältnissen an die Stelle des ausscheidenden Gegenstandes sein Surrogat treten (vgl. S. 24/25). Bei der Fideikommisserrichtung aber geht das Eigentum des Stifters unter; soll der Stifter erster Fideikommissbesitzer sein, so treten zwar andere Rechte ein, aber zum vollen Eigentum fehlen ihm Befugnisse, die sich eben bei anderen Personen befinden. Anstelle dieser letzteren Rechte ist aber kein Surrogat getreten. Der Vormund würde also auch nur weniger als bei unterlassener Fideikommisserrichtung dem Mündel herausgeben können.

---

[1]) Hesse, S. 69,4.

Schlusswort.

§ 22. Zusammenstellung der in der Literatur geäusserten Ansichten.

Aus allen diesen, teils dem Vormundschaftsrecht, teils dem Fideikommissrecht angehörenden Beweisgründen ist m. E. die Folgerung gerechtfertigt:

Der Vormund kann nach eigenem Ermessen aus dem Vermögen seines Mündels ein Familienfideikommiss auch nicht mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts oder des Gegenvormundes errichten.

Auf diesem Standpunkt steht auch die Literatur mit Ausnahme Ramdohr's S. 273, der immerhin einer gegenteiligen Ansicht nicht abgeneigt ist, jedenfalls die „weitgehende Freiheit des Vormunds keineswegs für erwünscht" hält. Crome lässt Stellvertretung nicht zu[1]). Dernburg[2]) lehnt die Fideikommisserrichtung durch den Vormund mit Rücksicht auf den Charakter der Stiftungsurkunde als einer letztwilligen Disposition ab; auch erblickt er in der Fideikommisserrichtung eine Freigebigkeit. Aehnlich sieht eine Entscheidung des Reichsgerichts[3]) „eine durch Rechtsgeschäft unter Lebenden ausgeführte Errichtung eines . . . . Familienfideikommisses immer als eine Vergabung an Dritte" an und stellt diese der Schenkung gleich. Für das modere Recht kann dieser Grund nicht anerkannt werden (vgl. S. 23, 56).

Falsch wäre es auch, wollte man, wie Dernburg[4]) bei dem Stiftungsgeschäft für Familienstiftungen es tut, höchstpersönliche Vornahme des Errichtungsaktes deshalb fordern, weil die Stiftungsurkunde schriftlich abgefasst und eigenhändig unterschrieben sein muss. Der von Dernburg (a.a.O.) zit. § 126,1 BGB fordert nur eigenhändige Unterschrift des Ausstellers der Urkunde[5]).

[1]) Bd. III S. 590. [2]) Vormundschaftsordn. S. 269.
[3]) Bd. 54 S. 401.
[4]) Allgem. Lehren d. Deutschen R. und Preussens S. 313.
[5]) s. Planck I, S. 229 Abs. 2,2.

Dieser kann aber auch ein Vertreter sein, zwar nicht des Unterzeichnenden, aber des in der Urkunde verpflichteten oder berechtigten Subjekts.

Die Ausführungen Walters sind schon besprochen.

Es braucht daher nur noch betont zu werden, dass auch der Entwurf [1]) den Vormund nicht für die geeignete Person hält, aus dem Mündelvermögen ein Familienfideikommiss zu errichten. Die Gründe, die hier angeführt werden, sind auch für das bestehende Recht massgebend: „Durch die fideikommissarische Gebundenheit wird dem Stifter meist ein grosser Teil seines Allodialvermögens, wenn nicht sein ganzes Allodialvermögen unwiderruflich entzogen. Bei den wichtigen Folgen, die diese Tatsache für ihn und seine Familienangehörigen, sowie seine Erben hat, ist es nicht angezeigt, die Entscheidung darüber, ob sie eintreten soll oder nicht, einem Vertreter des Stifters zu überlassen, sei dies nun ein gesetzlicher oder ein zu der Verwaltung des Vermögens allgemein bestellter, rechtsgeschäftlicher Vertreter. Ein so schwerwiegender Entschluss darf vielmehr nur von dem Stifter selbst ausgehen".

[1]) § 11, Begründ. S. 63.

Lebenslauf.

Ich, Fritz Guttmann, wurde am 31. Oktober 1887 zu Breslau als Sohn des im Jahre 1901 verstorbenen Fabrikbesitzers Louis Guttmann und seiner Ehefrau Regina, geb. Goldstein geboren. Ich bin preussischer Staatsangehöriger, jüdischer Konfession. Die Vorbereitung zu meinen akademischen Studien erhielt ich auf dem städtischen Gymnasium zu St. Maria-Magdalena zu Breslau, das ich Ostern 1907 mit dem Zeugnis der Reife verliess. Hierauf widmete ich mich an der Universität Breslau dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften und bestand am 21. Juli 1910 das Referendariatsexamen und am 3. November 1910 das examen rigorosum. Seit dem 4. August 1910 bin ich dem kgl. Amtsgericht zu Freiburg i. Schl. zur Ausbildung überwiesen.

Freiburg i. Schl., im November 1910.